

Susanne Klostermann

**DIE „ROSINENTHEORIE“ DES BGH ZU § 15 ABS. 1 HGB
IM LICHTE VON
SINN, ZWECK UND FUNKTIONEN
DES HANDELSREGISTERS**

*Das
Münster
1995*

DIE "ROSINENTHEORIE" DES BGH ZU § 15 ABS. 1 HGB

IM LICHTE VON

SINN, ZWECK UND FUNKTIONEN DES HANDELSREGISTERS

I n a u g u r a l - D i s s e r t a t i o n

zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte

durch die
Rechtswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster

vorgelegt
von

SUSANNE KLOSTERMANN

aus Kaiserslautern

1986

Erster Berichterstatter: Prof. Dr. Sandrock

Zweiter Berichterstatter: Priv. Doz. Dr. Reinicke

Dekan: Prof. Dr. Dr. Bleckmann

Tag der mündlichen Prüfung: 5. November 1985

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

A.A., a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die zivilistische Praxis
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch
a.E.	am Ende
AktG	Aktiengesetz
allg. A.	allgemeine Auffassung
Anm.	Anmerkung
ArchBR	Archiv des Bürgerlichen Rechts
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BB	Betriebsberater
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH Z	Bundesgerichtshof, Entscheidungen in Zivilsachen
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
f., ff.	folgende, fortfolgende
Fn.	Fußnote
GenG	Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
h.M., H.M.	herrschende Meinung
iSv	im Sinne von
IhJb	Ihrings Jahrbücher der Dogmatik des bürgerlichen Rechts
JA	Juristische Arbeitsblätter
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KG	Kommanditgesellschaft, Kammergericht (bei Entscheidungen)

LG	Landgericht
LM	Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, herausgegeben von Lindenmaier und Möhring
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
m.a.W.	mit anderen Worten
MDR	Monatszeitschrift des Deutschen Rechts
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OHG	offene Handelsgesellschaft
OLG E	Oberlandesgericht, Entscheidung in Zivilsachen
RG	Reichsgericht
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RGZ	Entscheidungen des Reichsgericht in Zivilsachen
ROHG	Reichsoberhandelsgericht
r. Sp.	rechte Spalte
Rz.	Randziffer
S.	Seite
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
u.a.	unter anderem
VersR	Versicherungsrecht
vgl.	vergleiche
WM	Wertpapiermitteilungen
z.B.	zum Beispiel
ZHR	Zentralblatt für Handelsrecht
Zit.	Zitat
zust.	zustimmend

L I T E R A T U R V E R Z E I C H N I S

- Adler - Das Handelsregister, seine Öffentlichkeit und sein öffentlicher Glaube, Berlin 1908
- Altenberg - Das Publizitätsprinzip des Handelsregisters, Diss., Königsberg 1911
- Ballerstedt - Handelsrecht: Das schadhafte Dach am Gesellschaftsbüro, in: JuS 1965, 272
- Bandasch - Gemeinschaftskommentar zum HGB, herausgegeben von Bandasch, 3. Aufl., Neuwied 1980
- Baumbach/Duden/Hopt - Handelsgesetzbuch, Kommentar, 26. Aufl., München 1985
- Baur - Lehrbuch des Sachenrechts, 12. Aufl., München 1983
- Beitzke - Familienrecht, 23. Aufl., München 1983
- Bergerfurth - Das Eherecht, 7. Aufl., Freiburg 1984
- Bienert - Anscheins- und Duldungsvollmacht, Diss., Marburg 1975
- Bokelmann - Buchbesprechung: Handelsgesetzbuch, Großkommentar, begründet von Staub, herausgegeben von Canaris, Schilling und Ulmer, Lieferung 1 und 2, Berlin 1982, in: NJW 1983, 2690
- Brand - Das Prüfungsrecht und die Prüfungspflicht des Registerrichters, in: ZBH 1928, 97 ff.
- Brox - Handelsrecht und Wertpapierrecht, 3. Aufl., München 1983
- Bürgerliches Gesetzbuch - Kommentar mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, herausgegeben von den Mitgliedern des Bundesgerichtshofes, Band I, §§ 1-240, 12. Aufl., Berlin, New York 1982
- Canaris - Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, München 1971
- ders. - Anmerkung zum BGH-Urteil vom 30.5.1975 (V ZR 206/73), in: JZ 1976, 132
- Cohn - Die nichtige Handelsgesellschaft im Rechtsverkehr und der Gläubigerschutz, Leipzig 1930
- von Craushaar - Die Bedeutung der Rechtsgeschäftslehre für die Problematik der Scheinvollmacht, in: AcP 174, 2
- Deschler - Handelsregisterpublizität und Verkehrsschutz, Diss., Bamberg 1977

- Diederichsen - Der "Vertragsschluß" durch kaufmännisches Bestätigungsschreiben, in: JuS 1966, 129 ff.
- Düringer/Hachenburg - Das Handelsgesetzbuch, Band I, Allgemeine Einleitung und §§ 1-104, 3. Aufl., Mannheim, Berlin, Leipzig 1930
(zitiert: Düringer/Hachenburg/Bearbeiter)
- Ehrenberg - Rechtssicherheit und Verkehrssicherheit mit besonderer Rücksicht auf das Handelsregister, in: JhJb 47, 273 ff.
- ders. - Handelsregistergericht und Prozeßgericht - Prüfungspflicht und Prüfungsrecht des Registergerichts, in: JhJb 61, 423 ff.
- Eisenhardt - Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., München 1982
- Enneccerus/Nipperdey - Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1. Halbband, 15. Aufl., Tübingen 1959, 2. Halbband, Tübingen 1960
- Erman - Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 6. Aufl., Münster 1975; 7. Aufl., Münster 1981
(zitiert: Erman/Bearbeiter)
- Esser - Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen, 2. Aufl., Frankfurt 1969
- Fabricius - Stillschweigen als Willenserklärung, in: JuS 1966, 50 ff.
- Fikentscher - Scheinvollmacht und Vertreterbegriff, in: AcP 154, (1955), 1 ff.
- Flume - Allgemeiner Teil des BGB, Band 1: Das Rechtsgeschäft, 3. Aufl., Heidelberg 1979
- Forsthoff - Rechtsprobleme des Neuen § 15 HGB, Diss., Heidelberg 1972
- Frotz - Verkehrsschutz im Vertretungsrecht, Frankfurt 1972
- Geiler - Zur Publizität des Handelsregisters, in: LZ 1907, 890 ff.
- von Gierke - Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, Band III, Berlin, Leipzig 1928
- von Gierke/ Sandrock - Handels- und Wirtschaftsrecht, Band 1: Allgemeine Grundlagen. Der Kaufmann und sein Unternehmen, 9. Aufl., Berlin 1975
- Gmür - Grundriß der deutschen Rechtsgeschichte, Bielefeld 1978
- Gross - Handelsrecht, Stuttgart 1980

- Großfeld - Zivilrecht als Gestaltungsaufgabe, Heidelberg, Karlsruhe 1977
- Großkommentar zum HGB - Begründer: Staub, Mitarbeiter: Brüggemann, Band 1, §§ 1-104, 3. Aufl.
(zitiert: GroßKommHGB/Bearbeiter)
- Hadding - Die Handelsrechtsklausur, in: JuS 1977, 314 ff.
- Hämmerle/ Wünsch - Handelsrecht, Band 1, 3. Aufl., Graz, Wien, Köln 1976
- Hahn - Das Handelsrecht, Stuttgart 1870
- Harms - Handelsrecht, 2. Aufl., Frankfurt 1979
- Hirsch - Leitfaden für das Studium des Handels- und Gesellschaftsrechts, 4. Aufl., Berlin, Frankfurt 1966
- von Hößlin - Rechtsschein und Kausalität im Handelsrecht, Diss., München 1963
- Hoffmann - Grundfälle zum Recht der Stellvertretung, in: JuS 1970, 451 ff.
- Hofmann - Das Handelsregister und seine Publizität, in: JA 1980, 264 ff.
- Hübner - Handelsrecht, Karlsruhe 1980
- Hueck - Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, 4. Aufl., Berlin 1971
- ders. - Der Scheinkaufmann, in: ArchBR 43 (1919), 415 ff.
- ders. - Gilt § 15 Abs.1 HGB auch beim Erlöschen und bei der Änderung nicht eingetragener, aber eintragungspflichtiger Rechtsverhältnisse?, in: AcP 118 (1920), 350 ff.
- Jauernig - Bürgerliches Gesetzbuch, 3. Aufl., München 1984
- John - Fiktionswirkung oder Schutz typisierten Vertrauens durch das Handelsregister, in: ZHR 140 (1976), 236
- Keim - Das sogenannte Publizitätsprinzip im deutschen Handelsrecht, Leipzig 1930
- Keith - Rechtsfolgen ungültiger Beschlüsse der Wohnungseigentümer, Diss., Hamburg 1983
- Krause - Schweigen im Rechtsverkehr, Marburg 1933
- Kretschmar - Über die Methode der Privatrechtswissenschaft, 1914
- Kullmann - Leitfaden durch das Handels- und Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., Stuttgart 1977

- Lang/Weidmüller - Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 31. Aufl., Berlin, New York 1984
- Lange/Köhler - BGB, Allgemeiner Teil, 17. Aufl., München 1980
- Larenz - Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 6. Aufl., München 1983
- ders. - Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5. Aufl., Berlin 1983
- Lehmann/Hübner - Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 15. Aufl., Berlin 1966
- Lindenmaier/Möhring - Das Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen, §§ 145-240 BGB
- Lüderitz - Prinzipien des Vertretungsrechts, in: JuS 1976, 765
- Medicus - Bürgerliches Recht, 11. Aufl., Köln 1983
- Meyer - Handelsregistererklärung und Widerruf der Prokura, in: ZHR 81 (1918), 365
- Mossler - Die Rechtsscheinhaftung im Handelsrecht (unter besonderer Berücksichtigung des § 15 Abs.3 HGB n.F.), Diss., Münster 1974
- Motive - zum Entwurf eines Preussischen Handelsgesetzbuchs, Darmstadt 1858
- Müller, Klaus - Kommentar zum Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, Erster Band (§§ 1-42), Bielefeld 1976
- Münchener Kommentar - Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Herausgeber: Rebmann, Band 1, Allgemeiner Teil (§§ 1-240), 2. Aufl., München 1984; Band 4, Sachenrecht (§§ 854-1296), München 1981 (zitiert: MünchKomm/Bearbeiter (zitiert: MünchKomm/Bearbeiter))
- Nitschke - Die Wirkung von Rechtsscheintatbeständen zu Lasten Geschäftsunfähiger und beschränkt Geschäftsfähiger, in: JuS 1968, 541
- von Olshausen - Neuerungen im System der handelsrechtlichen Rechtsscheinsgrundsätze, in: BB 1970, 137
- Palandt - Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 44. Aufl., München 1985 (zitiert: Palandt/Bearbeiter)
- Radbruch - Rechtsphilosophie, 3. Aufl., 1932
- Reinicke - Sein und Schein bei § 15 Abs.1 HGB - Zugleich eine Stellungnahme zu BGHZ 65, 309 ff., in: JZ 1985, 272
- Richert - Vertrauensschutz öffentlicher Register, in: NJW 1959, 1805

Rohe - Die Haftung des ausgeschiedenen oHG-Gesellschafters aus längerfristigen Schuldverhältnissen der Gesellschaft, Münster 1975

Sauter/Schweyer - Der eingetragene Verein, 12. Aufl., München 1983

Schlegelberger - Handelsgesetzbuch, Kommentar, Band I, §§ 1-47 a, 5. Aufl., München 1973
(zitiert: Schlegelberger/Bearbeiter)

Schlüter - Familienrecht, 2. Aufl., Heidelberg 1983

Schmidt, Karsten - Handelsrecht, 2. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München 1982

ders. - Sein-Schein-Handelsregister, in: JuS 1977, 209 ff.

Schwab - Familienrecht, 2. Aufl., München 1983

von Seeler - Vollmacht und Scheinvollmacht, in: ArchBR 28 (1906), 1 ff.

Soergel - Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, Allgemeiner Teil (§§ 1-240), 11. Aufl., Stuttgart 1978
(zitiert: Soergel/Bearbeiter)

Staub - Kommentar zum HGB, 6./7. Aufl., 1900
(zitiert: Staub)

ders. - Handelsgesetzbuch: Großkommentar, Begründer: Staub, Herausgeber: Canaris, Band 1, §§ 1-15, München 1983
(zitiert: Staub/Bearbeiter)

Staudinger - Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, I. Band, Allgemeiner Teil, §§ 1-240, 11. Aufl., Berlin 1957; Erstes Buch, §§ 90-240, 12. Aufl., Berlin 1980
(zitiert: Staudinger/Bearbeiter)

Stöber - Vereinsrecht, 3. Aufl., Bonn 1978

Stuckart - Erklärungen an die Öffentlichkeit, Diss., Frankfurt 1929

Telgmann - Wirkung der Eintragung in das Handelsregister und der Veröffentlichung aus demselben, Diss., Hannover 1903

Theis - Grenzen der Rechtsscheinwirkungen, Diss., Marburg 1931

Thöne - Der öffentliche Glaube des Handelsregisters, Diss., Bonn 1911

- Tiedtke - Die Haftung des vertretungsberechtigten Komplementärs nach seinem Ausscheiden aus der Kommanditgesellschaft, in: DB 1979, 245
- Waldeyer - Vertrauenshaftung kraft Anscheinsvollmacht bei anfechtbarer und nichtiger Bevollmächtigung, Diss., Münster 1969
- Wellspacher - Das Vertrauen auf äußere Tatbestände im bürgerlichen Recht, Wien 1906
- Westermann - Handbuch der Personengesellschaften, Band 1, Gesellschaftsrecht, Loseblattsammlung, 3. Aufl., Köln. 1980 ff.
- ders. - Die Grundlagen des Gutglaubensschutzes, in: JuS 1963, 1 ff.
- Wiedemann - Handelsrecht einschließlich Wertpapierrecht, 5. Aufl., München 1979
- Wilhelm - Welche Bedeutung hat das Handelsregister für den Rechtsverkehr?. Diss., Giessen 1929
- Wolff - Über einige Grundbegriffe des Handelsrechts, in: Festgabe für Otto Gierke, Band II, 115 ff.
- von Zanthier - Die Bedeutung der Eintragung und Nichteintragung von handelsrechtlichen Tatsachen in das Handelsregister, Diss., Greifswald 1914

A. Einleitung	1
I. Der zu beurteilende Sachverhalt	1
II. Die Rechtslage nach der wirklichen Sachlage	2
1. Ausscheiden des B	2
2. Wirksamer Vertrag mit X aufgrund Alleinvertretungsmacht des A	3
3. Begründung der Verbindlichkeit nach dem Ausscheiden des B	4
III. Die Rechtslage gemäß der Eintragung im Handelsregister	4
1. Komplementärstellung des B	4
2. Wirkung der Gesamtvertretungsmacht von A und B	5
B. Die verschiedenen Lösungswege in Rechtsprechung und Schrifttum	7
I. Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs	7
1. Der Begriff "Rosinentheorie"	7
2. Das erweiterte Wahlrecht des Dritten	8
II. Der Lösungsweg des Landgerichts Hannover	9
III. Die Lösungswege des Schrifttums	11
1. Die Vertreter der "Rosinentheorie"	11
2. Die Auffassung von Tiedtke	13
a. Die Möglichkeit nicht einheitlicher Ausübung des Wahlrechts	13
aa. Sinn und Zweck des § 15 Abs.1 HGB	13
bb. Gleichbehandlung des Wahlrechts bei einem einheitlichen Anspruch und mehreren Ansprüchen	13
b. Kritik an der "Rosinentheorie"-Entscheidung des BGH	15
aa. Mangels verschiedener Tatsachen kein Wahlrecht	15
bb. Unsachgemäße Begünstigung des Dritten und Benachteiligung des ausgeschiedenen Gesellschafters	16

IV. Die sich angesichts der verschiedenen Lösungen ergebende Problematik	17
1. Wahl zwischen wahrem und fiktivem Sachverhalt oder zwischen verschiedenen Rechtsfolgen	17
2. Die Problematik des "gespaltenen Bewußtseins"	19
C. Auslegung des § 15 Abs.1 HGB	21
I. Die Vereinbarkeit der "Rosinentheorie" mit den Funktionen des Handelsregisters	22
1. Die Kontrollfunktion des Handelsregisters	23
a. Das Registerverfahren	23
aa. Die formellen Voraussetzungen der Eintragung	23
bb. Prüfungsrecht und -pflicht des Registerrichters	23
b. Die beweisrechtliche Bedeutung der Eintragung	25
aa. Die Vermutung der inhaltlichen Richtigkeit der Eintragung	25
bb. Die Beweiskraft der Eintragung	28
c. Richtigkeitsvermutung und Beweiskraft der Eintragung als Indizien für die Notwendigkeit eines tatsächlichen Bezuges	29
d. Ergebnis	31
2. Die Publizitätsfunktion des Handelsregisters	33
a. Der Zweck der Handelsregisterpublizität	33
b. Die Doppeldeutigkeit des Begriffs "Publizität"	34
aa. Die Öffentlichkeit des Handelsregisters	35
(1) Das Recht Dritter auf Einsichtnahme und Erteilung von Abschriften, gerichtlichen Zeugnissen und Bescheinigungen gemäß § 9 HGB	35
(2) Die Bekanntmachung der Eintragungen gemäß §§ 10, 11 HGB	35

(3) Auskunft über Tatsachen und Rechtsverhältnisse	35
(4) Die Anmeldepflicht des Betrof- fenen	36
bb. Die Registerpublizität als Vertrauens- schutz	37
c. Die negative Publizität gemäß § 15 Abs.1 HGB	39
aa. Die Voraussetzungen des Einwendungs- ausschlusses gemäß § 15 Abs.1 HGB	39
(1) Scheintatbestand	39
(2) Verzicht auf Veranlassung und Zurechenbarkeit	43
(3) Die widerlegbare Vermutung der Unkenntnis der wirklichen Rechts- lage beim Dritten	46
(4) Die unwiderlegbare Vermutung der Kenntnis des Scheintatbestandes und der Kausalität des Vertrauens	47
(5) Geltung des § 15 Abs.1 HGB im Rechtsverkehr, Geschäftsverkehr und Unrechtsverkehr	55
bb. Die Rechtsfolgen des § 15 Abs.1 HGB	60
cc. Das Wahlrecht des Dritten	61
 Zusammenfassung zu I und bisheriges Ergebnis	 67
 II. Regelungsabsicht und Normvorstellungen des historischen Gesetzgebers	 71
1. Das Handelsregister nach dem Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch (ADHGB)	71
2. Die Normvorstellungen und Regelungsab- sichten des HGB-Gesetzgebers	72
Zusammenfassung zu II.	75
 III. Auslegung des § 15 Abs.1 HGB anhand objektiv- teleologischer Kriterien	 76
1. Objektive Zwecke des Rechts	76

2. Die "Ausgewogenheit" des § 15 Abs.1 HGB in Anbetracht der gegenseitigen Interes- sen der Betroffenen	76
a. Die gegenseitigen Interessen	77
b. § 15 Abs.1 HGB als Vertrauensschutznorm	77
3. Die "Rosinentheorie" und das "Prinzip der Gleichbehandlung des Gleichartigen"	79
a. Vergleichsfallgruppe: Genossenschafts-, Vereins- und Güterrechtsregister	81
aa. § 29 GenG	81
bb. § 68 Abs.1 BGB	81
cc. § 1412 BGB	82
dd. Bedeutung für die "Rosinentheorie"	83
b. Vergleichsfallgruppe: Der Scheinkaufmann	84
c. Vergleichsfallgruppe: Vertretungsmacht kraft Rechtsscheinvollmacht	89
d. Vergleichsfallgruppe: Anfechtbarkeit einer Vollmachtskundgabe im Sinne der §§ 172, 173 BGB	96
aa. Unterscheidung zwischen gesetzlicher und rechtsgeschäftlich erteilter Vollmacht	96
bb. Die unterschiedlichen Rechtsauf- fassungen	97
cc. Die Übergabe der Urkunde als ge- schäftsähnliche Handlung	99
dd. Folgerungen für die "Rosinentheorie"	102
e. Vergleichsfallgruppe: Anfechtbarkeit von Anscheins- und Duldungsvollmacht	103
f. Vergleichsfallgruppe: Anscheinsvollmacht und Anwendbarkeit der §§ 177 ff. BGB	107
g. Vergleichsfallgruppe: Verjährungseinrede des Scheingesellschafters nach seinem Ausscheiden aus der Gesellschaft gem. § 159 HGB	111
aa. Der Meinungsstand in Rechtssprechung und Literatur	111
bb. Die entsprechende Anwendung des § 159 HGB bei längerfristigen Schuld- verhältnissen	112
cc. Folgerungen für die "Rosinentheorie"	114
Zusammenfassung und Ergebnis zu III.	115

A. Einleitung

Es ist Aufgabe der vorliegenden Arbeit, die Frage zu untersuchen, ob es mit Sinn, Zweck und den Funktionen des Handelsregisters, insbesondere aber auch mit § 15 Abs.1 HGB vereinbar ist, daß sich ein Dritter bezüglich einer Tatsache, deren Vorliegen im Rahmen eines Anspruchs geprüft werden muß, auf die negative Publizität gemäß § 15 Abs.1 HGB und bezüglich einer anderen Tatsache auf die wahre Rechtslage beruft. Anlaß hierzu bietet die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 1. Dezember 1975 (BGHZ 65, 309)¹⁾, welche die bis dahin vereinzelt gebliebene Rechtsprechung zu dieser Problematik ändert und die im Schrifttum teils kritisiert, teils mit Anerkennung bedacht wurde.

I. Der zu beurteilende Sachverhalt

Der Sachverhalt, den der Bundesgerichtshof zu beurteilen hatte, war - vereinfacht dargestellt - folgender:

Eine Kommanditgesellschaft (KG) hatte zwei persönlich haftende Gesellschafter, A und B. Diese waren nach dem Gesellschaftsvertrag und nach dem Inhalt des Handelsregisters nur gemeinschaftlich zur Vertretung der Gesellschaft berechtigt. Mit Wirkung vom 1. Oktober 1972 schied B aus der Gesellschaft aus. Der Austritt des B wurde jedoch erst im November 1973 in das Handelsregister eingetragen und bekanntgemacht. Der in der Kommanditgesellschaft verbliebene Gesellschafter A hatte

1) BGHZ 65, 309 = BGH BB 1976, 154 = DB 1976, 331
= JZ 1976, 213 = NJW 1976, 569 = WM 1976, 130

aber in der Zwischenzeit - nach dem Ausscheiden des B und vor der Eintragung dieser Tatsache - im Namen der Gesellschaft Waren bei dem Dritten X bestellt, die ordnungsgemäß geliefert wurden. Nachdem X die Gesellschaft erfolglos in Anspruch genommen hatte, verlangte er Begleichung der offenstehenden Forderungen durch B.

II. Die Rechtslage nach der wirklichen Sachlage

Fraglich ist, ob B von X in Anspruch genommen werden kann, wenn man den Sachverhalt lediglich nach der wirklichen Sachlage beurteilt.

Anspruchsgrundlage einer Haftung des B könnten die §§ 128, 159, 161 Abs.2 HGB sein, denn B war - wie erwähnt - Komplementär der KG. Eine solche Haftung trifft auch den ausgeschiedenen Gesellschafter, wenn die Gesellschaftsschuld bereits bei seinem Ausscheiden bestanden hat (vgl. §§ 161, 159 HGB).

1. Ausscheiden des B

B, vormals Komplementär der KG, ist im Oktober 1972 ausgeschieden. Hierzu war nur ein Vertrag mit den Gesellschaftern, aber keine Eintragung in das Handelsregister erforderlich.²⁾ Zwar sind zur Eintragung des Ausscheidens sämtliche Gesellschafter verpflichtet (§ 143 Abs.2 HGB). Die Eintragung hat aber nur deklaratorische Bedeutung: Wirksamkeit und Rechtsbeständigkeit des Ausscheidens sind von der Eintragung unabhängig.³⁾

2) H.M., sofern dies nach dem Gesellschaftsvertrag so bestimmt ist. Vgl. Eisenhardt, Gesellschaftsrecht, Rz. 111.

3) Schlegelberger/ Hildebrandt/ Steckhan, HGB, Einl. 2. Abschnitt, III 1; E. Hirsch, Handelsrecht, § 11 V 1 (S.34).

2. Wirksamer Vertrag mit X aufgrund Alleinvertretungsmacht des A

A müßte wirksam eine Verbindlichkeit gegenüber X begründet haben. Das könnte deswegen fraglich sein, weil Gesamtvertretungsmacht von A und B vereinbart war.

Grundsätzlich hat der Umstand, daß ein gesamtvertretungsberechtigter Gesellschafter wegfällt, nicht zwingend zur Folge, daß der andere Gesellschafter, der mit ihm zusammen vertretungsberechtigt war, alleinvertretungsberechtigt wird.⁴⁾ Ein derartiger Zuwachs an Vertretungsmacht ist nämlich im Zweifel nicht im Sinne des Gesellschaftsvertrages, durch den ja gerade die Einzelvertretung ausgeschlossen worden ist.

Eine Ausnahme besteht aber dann, wenn, wie im vorliegenden Fall, ein Gesellschafter aus einer Kommanditgesellschaft ausscheidet und nach seinem Ausscheiden nur noch ein einziger persönlich haftender Gesellschafter vorhanden ist. Hier kann, weil bei der Kommanditgesellschaft allein die Komplementäre als Organe zur Vertretung der Gesellschaft ermächtigt sind (vgl. § 170 HGB), nur Alleinvertretungsmacht des einzig verbliebenen Komplementärs bestehen.⁵⁾ Das Ausscheiden des B führte deshalb zwangsläufig die Rechtswirkung herbei, daß A als einziger persönlich haftender Gesellschafter der KG die Gesellschaft wirksam allein vertreten konnte. Der von A geschlossene Kaufvertrag ist daher zwischen der Gesellschaft und X zustandegekommen.

4) RGZ 103, 417; 116, 110 (117);
Hueck, Das Recht der OHG, § 20 II 4 (S.289).

5) So: BGHZ 41, 367 (369) m.w.N.

3. Begründung der Verbindlichkeit nach dem Ausscheiden des B

Die Gesellschaftsschuld müßte bereits beim Ausscheiden des B bestanden haben.

Der Kaufvertrag, aus dem X von B Zahlung verlangt, ist erst nach dem Ausscheiden des B aus der Gesellschaft abgeschlossen worden. Der Rechtsgrund für die Verbindlichkeit der Gesellschaft war somit vor dem Ausscheiden des B noch nicht gelegt.

Beurteilt man den Sachverhalt nach der wirklichen Rechtslage, kann sich X nur an die KG und an A halten. B kann aus dem Kaufvertrag nicht in Anspruch genommen werden.

III. Die Rechtslage gemäß der Eintragung im Handelsregister

Die Rechtslage bezüglich der Haftung des B könnte jedoch anders zu bewerten sein, wenn man gemäß § 15 Abs.1 HGB den Sachverhalt als wahr unterstellt, den das Handelsregister verlautbart.

§ 15 Abs.1 HGB besagt, daß sich ein Dritter eine Tatsache, die nicht in das Handelsregister eingetragen und bekannt gemacht ist, von demjenigen, in dessen Angelegenheiten sie einzutragen war, nicht entgegenhalten lassen muß, es sei denn, daß sie ihm bekannt war.

1. Komplementärstellung des B

Das Ausscheiden eines Gesellschafters, also auch eines Komplementärs, muß in das Handelsregister eingetragen werden (§§ 161, 143 Abs.2 HGB).

Der Austritt des B ist aber nicht in das Handelsregister eingetragen worden. Dieses verlaublich vielmehr noch, daß B Komplementär der KG sei. Für einen Dritten stellte sich nach dem Registerinhalt die Rechtslage daher so dar, wie wenn B nicht aus der Gesellschaft ausgeschieden wäre. Danach müßte B als Komplementär für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haften (§§ 161, 128 S.1 HGB).

2. Wirkung der Gesamtvertretungsmacht von A und B

Fraglich ist jedoch, ob bei dieser Rechtslage eine Verbindlichkeit der Gesellschaft entstanden ist. Solange B noch zur KG gehörte, konnten nur A und B gemeinsam mit Dritten Geschäfte tätigen. Diese Gesamtvertretungsmacht hat sich nur dann in eine Einzelvertretungsmacht des A verwandelt, wenn B aus der Gesellschaft ausgeschieden ist. Hieran fehlt es aber, wenn die Rechtslage - nach dem Inhalt des Handelsregisters - so angesehen wird, wie wenn B nicht ausgeschieden wäre. A konnte demnach nicht ohne Zustimmung des B den Vertrag mit X schließen. Der Kaufvertrag war also zunächst, da die Zustimmung des B fehlte, schwebend unwirksam. B kann aus dem Vertrag nur in Anspruch genommen werden, wenn der Vertrag wirksam geworden ist und seine Gültigkeit mit Wirkung gegen B auf den Zeitpunkt zurückbezogen wird, in dem sich dieser gegenüber X so behandeln lassen muß, als gehöre er noch der Gesellschaft an.

Der Vertrag könnte nur durch spätere Genehmigung wirksam geworden sein. B hat dem Vertrag aber nicht nachträglich zugestimmt; er ist somit nicht wirksam geworden. Es mangelt folglich an einer wirksamen Verbindlichkeit der Gesellschaft.

Verlangt X also, über § 15 Abs.1 HGB so gestellt zu werden, wie er stünde, wenn B nicht aus der Gesellschaft ausgeschieden wäre, dann kann er B gleichfalls nicht in Anspruch nehmen.

B. Die verschiedenen Lösungswege in Rechtsprechung und Schrifttum

I. Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs

Der Bundesgerichtshof hat in dem bereits erwähnten Urteil¹⁾ entschieden, der Dritte X könne die wirkliche Sachlage gelten lassen, soweit es sich um die Alleinvertretungsmacht des A handle, und sich auf den Rechtsschein des Handelsregisters berufen, soweit es um die Zugehörigkeit des B zur Gesellschaft gehe - mit anderen Worten: B hafte nach § 128 HGB, weil er gemäß § 15 Abs.1 HGB dem X die Tatsache seines zwischenzeitlichen Ausscheidens aus der Gesellschaft mangels Eintragung im Handelsregister nicht entgegenhalten könne. Daß A, wäre B nicht ausgeschieden, nur zusammen mit diesem zur Vertretung der Gesellschaft befugt gewesen wäre, hielt der Bundesgerichtshof für unerheblich, weil es für das Zustandekommen des Vertrages mit der Gesellschaft nur auf die bei Vertragsabschluß bestehenden wahren Verhältnisse ankomme²⁾.

1. Der Begriff "Rosinentheorie"

Nach Ansicht des Bundesgerichtshofs kann sich der Dritte auf die ihm günstiger erscheinende wirkliche Sachlage (hinsichtlich des Vertragschlusses) auch dann berufen, wenn er sich gleichzeitig in anderer Hinsicht (Haftung des B) auf den von der wahren Sachlage abweichenden Registerinhalt beruft. Da sich der Dritte somit jeweils das für ihn Günstigere entweder nach der wahren Sachlage oder nach dem Handelsregisterinhalt herauspicken kann, wird diese Lösung des Bundesgerichtshofs auch

1) BGHZ 65, 309 ff.

2) BGHZ 65, 309 (310)

"Rosinentheorie"³⁾ oder "Prinzip der Meistbegünstigung"⁴⁾ genannt.

2. Das erweiterte Wahlrecht des Dritten

Die Entscheidungsgründe des BGH sind sehr kurz gefaßt und geben nur schlagwortartig an, wie das Gericht zu dem getroffenen Ergebnis gelangt ist. Im folgenden soll der Lösungsweg des BGH unter schrittweiser Erläuterung des Gedankengangs aufgezeigt werden, wobei jedoch zunächst - induktiv - vom "einfachen" Wahlrecht des Dritten nach § 15 Abs.1 HGB ausgegangen werden soll.

§ 15 Abs.1 HGB bestimmt, daß eine in das Handelsregister einzutragende, aber nicht eingetragene Tatsache dem gutgläubigen Dritten nicht entgegengehalten werden kann. Der Dritte braucht dieses Recht aber nicht in Anspruch zu nehmen; er kann sich nach seinem Belieben auch auf die nicht eingetragene Tatsache berufen. § 15 Abs.1 HGB will den Dritten schützen und nicht benachteiligen und gewährt ihm daher ein Wahlrecht: Der Dritte kann entweder die wirkliche Sachlage oder den Rechtsschein des Handelsregisters gelten lassen⁵⁾.

In dem dargestellten Fall ist jedoch fraglich, ob dem Dritten dieses Wahlrecht etwas nützt. Geht er von der wirklichen Sachlage aus, so kann er zwar gegen die Gesellschaft, nicht aber gegen den ausgeschiedenen Gesellschafter B vorgehen, dessen Ausscheiden er berücksichtigt wissen will. Beruft er sich aber auf den

3) So von John, ZHR 140 (1976), 236 (254) geprägt; auch: K. Schmidt, Handelsrecht, S. 305, 307, 308.

4) So: K. Schmidt, S.307

5) H.M.; BGHZ 55, 267, 273; Schlegelberger/Hildebrandt/Steckhan, HGB, § 15 Rz.9; Staub/Hüffer, HGB, § 15 Rz.26.

Rechtsschein des Handelsregisters, so kann ihm zwar das Ausscheiden des B aus der Gesellschaft nicht entgegengehalten werden; B haftet grundsätzlich für Gesellschaftsverbindlichkeiten. Es ist aber keine Verbindlichkeit der Gesellschaft zur Entstehung gelangt, weil A, wenn das Ausscheiden des B unberücksichtigt bleibt, den Vertrag nicht allein schließen konnte.

Dieses - einfache - Wahlrecht eröffnet dem X also zwei Wege, die beide nicht zum Ziel führen. Bei keiner der beiden Alternativen haftet B.

Der BGH ist nun aber einen Schritt weiter gegangen. Er ist der Meinung, daß hier, wo die Haftung des B von zwei Umständen abhängt - nämlich von der Gesellschafterstellung des B und von der Vertretungsmacht des A - der Dritte das Wahlrecht nicht "einfach" ausüben müsse: Er müsse sich nicht entweder ganz an der wahren Rechtslage oder ganz am Registereintrag orientieren. Vielmehr könne er sich bezüglich der Vertretungsmacht auf die wahre Sachlage (Alleinvertretungsmacht des A), dagegen bezüglich der Gesellschafterstellung des B (Nicht-Geltendmachen von dessen Ausscheiden) auf den Registereintrag berufen. B hat demzufolge nach Auffassung des BGH gemäß §§ 433 Abs.1 BGB, 128, 161 Abs.2 i.V.m. §§ 15 Abs.1, 143 Abs.2 HGB zu haften.

II. Der Lösungsweg des Landgerichts Hannover

Das Landgericht Hannover hatte 1949 einen gleichgelagerten Fall zu entscheiden⁶⁾. Es ging bei seiner Entscheidung davon aus, daß im Handelsregister zwei gleichberechtigte, dem Schutz

6) LG Hannover, Urteil v. 25.3.1949, MDR 1950, 488 = GmbH Rdsch. 1950, 188.

des § 15 HGB unterstehende Tatsachen fehlten: das Ausscheiden des B aus der Gesellschaft und das Erlöschen der Gesamtvertretungsmacht. Davon sei die erste Tatsache dem Dritten günstig, die zweite dagegen ungünstig⁷⁾. Bei einer solchen Lage könne sich der Dritte aber nicht allein auf seinen guten Glauben hinsichtlich der ihm günstigen Tatsache berufen. Die Eintragungen könnten nur in ihrer Gesamtheit gewürdigt werden; der Dritte könne nur alternativ die Maßgeblichkeit der wirklichen oder der nach dem Handelsregisterinhalt geltenden Sachlage verlangen - entweder sei ausschließlich die wahre oder ausschließlich die scheinbare Sachlage maßgebend⁸⁾. Folglich könne der Dritte unter Berufung auf § 15 Abs.1 HGB nur verlangen, so gestellt zu werden, als wenn im Zeitpunkt der Vertragsschlusses die Rechtslage so gewesen wäre, wie sie im Handelsregister eingetragen war.

Da bei Annahme der Gesamtvertretung der Gesellschafter A die Gesellschaft nur in Gemeinschaft mit B wirksam vertreten konnte, könne sich der Dritte auch nicht darauf berufen, auf Grund des § 15 Abs.1 HGB eine Forderung gegen B erlangt zu haben.

Nach Ansicht des LG Hannover haftet B demnach nicht.

Das LG Hannover begründet seine Entscheidung damit, daß man bezüglich der Handelsregistereintragungen eine Gesamtschau vorzunehmen habe. Der Dritte könne sich "nicht allein auf seinen guten Glauben an die erstere Tatsache

7) So: LG Hannover, MDR 1950, 488 r.Sp.oben. Diese Formulierung ist aber offenbar verunglückt, da die erste Tatsache dem Dritten ungünstig, die zweite ihm günstig ist.

8) LG Hannover, MDR 1950, 488

berufen"⁹⁾. Beruft sich der Dritte auf das Handelsregister, so wird die Rechtslage demnach so beurteilt, als habe er tatsächlich Einsicht genommen und kenne die eintragungspflichtigen, aber nicht eingetragenen Tatsachen (Erlöschen der Gesamtvertretung, Ausscheiden des B) nicht.

Des weiteren begründet das Gericht die Entscheidung mit dem sehr gewichtigen Argument, daß man bei dem ausgeschiedenen Gesellschafter auf Grund seines Ausscheidens keine schärfere Haftung annehmen dürfe, als sie bei seinem Verbleiben in der Gesellschaft gegeben wäre¹⁰⁾.

III. Die Lösungswege des Schrifttums

1. Die Vertreter der "Rosinentheorie"

Der Auffassung des BGH, daß sich der Dritte im Rahmen eines Anspruchs hinsichtlich einer Tatsache auf die wahre Rechtslage, hinsichtlich einer anderen auf den Rechtsschein des Handelsregisters berufen könne, wird in der Literatur, sofern sich dort überhaupt eine Stellungnahme zu dieser Entscheidung findet, überwiegend gefolgt¹¹⁾.

Die Anhänger dieser Meinung gehen davon aus, daß zwei Rechtstatsachen erheblich sind: die Umwandlung der Gesamtvertretungsmacht von

9) LG Hannover, MDR 1950, 488

10) LG Hannover a.a.O.

11) So: Baumbach/Duden/Hopt, HGB, § 15 Anm. 2 C; Staub/Hüffer, HGB, § 15 Rz. 27; Würdinger in GroßKommHGB, § 15 Anm. 12; Wiedemann, Handelsrecht, S. 55 f.; Karsten Schmidt, Handelsrecht, § 14, 4 b); Kullmann, Leitfaden durch das Handels- und Gesellschaftsrecht, S. 42 f.; Bandasch, HGB, § 15 Rz. 17; a.A.: Staub/Brüggemann, HGB, Anh. zu § 5 Rz. 42; Bokelmann, NJW 1983, 2690; John, ZHR 140 (1976), 236 (254); Reinicke, JZ 1985, 272 ff.; Tiedtke, DB 1979, 245; Hübner, Handelsrecht, Rz. 38

A und B in Einzelvertretungsmacht des A und das Erlöschen der Gesellschafterstellung des B durch sein Ausscheiden.

Die Begründung, warum eine Kombination von fiktiven und realen Tatbestandsmerkmalen hier möglich sein soll, sind sehr dürftig.

Teilweise¹²⁾ wird eine rein formale Betrachtungsweise zugrundegelegt: Für den Dritten soll der Registerinhalt hinsichtlich für ihn ungünstiger Tatsachen unerheblich sein. Er könne allein die Tatsache verwerten, die für ihn von Vorteil sei, da § 15 Abs.1 HGB den Dritten schützen solle und nicht zu seinen Lasten wirke¹³⁾.

Andere¹⁴⁾ stellen darauf ab, daß sich das Wahlrecht des Dritten nicht auf einen tatsächlichen oder fiktiven Sachverhalt beziehe, sondern auf "Rechtsfolgen, die sich mit und ohne Einwendungsausschluß ergeben"¹⁵⁾. Es trete nicht schlechthin die vermeintliche Rechtslage an die Stelle der wirklichen. Der Dritte habe nicht die Wahl zwischen dem wirklichen Lebenssachverhalt und dem Sachverhalt, der nach dem Rechtsschein anzunehmen wäre. Vielmehr könne derjenige, in dessen Angelegenheiten die Eintragung vorzunehmen sei, die Rechtstatsache - hier das Ausscheiden als Gesellschafter - dem Dritten nicht entgegensetzen¹⁶⁾. Diese Konzeption des Einwendungsausschlusses könne zur Kombination von Elementen der wirklichen und der scheinbaren Rechtslage führen.

12) Kullmann, S.42; Wiedemann, S.56; Baumbach/Duden/Hopt, HGB, § 15 Anm. 2 C.

13) Würdinger in GroßKommHGB, § 15 Anm. 12

14) Karsten Schmidt, S. 306 ff.; Staub/Hüffer, HGB, § 15 Rz. 26 f.

15) Staub/Hüffer, HGB, § 15 Rz. 26

16) Staub/Hüffer, a.a.O.

2. Die Auffassung von Tiedtke

- a. Grundsätzlich stimmt Tiedtke¹⁷⁾, der sich mit dem BGH-Urteil eingehend beschäftigt hat, dem Ausgangspunkt des BGH zu: Der Dritte könne sich bei der Geltendmachung eines Anspruchs bezüglich einer Tatsache auf die wahre Sachlage, bezüglich einer anderen auf den Rechtschein des Handelsregisters berufen¹⁸⁾.
- aa. Diese Auslegung werde Sinn und Zweck des Handelsregisters am besten gerecht. Der Dritte solle durch § 15 Abs.1 HGB geschützt und nicht benachteiligt werden. Den Interessen des Dritten werde deshalb am besten durch ein unbeschränktes Wahlrecht Rechnung getragen. Er könne stets die wirkliche Sachlage geltend machen, auch wenn er sich bezüglich einer anderen Tatsache auf das Fehlen einer Eintragung im Handelsregister berufe.
- bb. Tiedtke meint, es bestehe kein Grund, die Rechtslage im Rahmen eines Anspruches anders zu behandeln als bei zwei getrennten, aber auf gleichen Umständen beruhenden Ansprüchen. Das verdeutlicht er folgendermaßen¹⁹⁾: Habe der Dritte mit zwei Prokuristen, deren Prokura widerrufen ist, ohne daß dies im Handelsregister eingetragen ist, jeweils einen Vertrag abgeschlossen, so sei es sachgemäß, daß der Dritte die beiden Verträge, die nichts miteinander zu tun haben, verschiedenen Regelungen unterwerfen könne. Er sei nicht gezwungen, sich bezüglich des zweiten Vertrages auf die wirkliche Sachlage (Widerruf der Prokura) zu berufen, wenn er

17) Tiedtke, Die Haftung des Gesamtvertretungsberechtigten Komplementärs nach seinem Ausscheiden aus der Kommanditgesellschaft, DB 1979, 245 ff.

18) Tiedtke, DB 1979, 247

19) Tiedtke, DB 1979, 246 f.

beim ersten Vertrag so vorgegangen sei. X stehe ein Wahlrecht zu, und es sei kein Anhaltspunkt für die Annahme gegeben, er könne dieses Wahlrecht bezüglich beider Tatsachen nur einheitlich ausüben. § 15 Abs.1 HGB enthalte keine derartige Einschränkung, und den Interessen des Dritten werde am besten durch ein uneingeschränktes Wahlrecht Rechnung getragen. Andererseits habe die Gesellschaft kein schutzwürdiges Interesse an der gleichen Behandlung der beiden Verträge.

Es bestehe kein Grund, die Rechtslage anders zu beurteilen, wenn es sich um zwei verschiedene Tatsachen im Rahmen eines Anspruchs handele. Seien das Ausscheiden eines Gesellschafters und der Widerruf einer Prokura nicht in das Handelsregister eingetragen, so könne sich der Dritte, dem diese Vorgänge nicht bekannt seien, auf den Rechtsschein des Handelsregisters berufen, soweit es um die Zugehörigkeit des ausgeschiedenen Gesellschafters zur Gesellschaft gehe, und im übrigen geltend machen, der Prokurist habe beim Abschluß der Vereinbarung, durch die der Vertrag mit der Gesellschaft aufgehoben worden sei, keine Prokura mehr gehabt. Tiedtke sieht keinen Grund, warum der Dritte gehindert sein sollte, bezüglich der Prokura die wirkliche Sachlage geltend zu machen, wenn er sich, was das Ausscheiden des Gesellschafters angeht, auf das Handelsregister beruft. Auch in diesem Fall werde X durch eine derartige Regelung benachteiligt. Die Gesellschaft und B hätten kein schutzwürdiges Interesse daran, daß entweder in vollem Umfang die wahre oder in vollem Umfang die scheinbare Sachlage maßgebend sein sollte. Sie müßten eine verschiedene Beurteilung der beiden Tatsachen auch dann hinnehmen, wenn der Dritte den Widerruf

der Prokura gekannt habe, ihm das Ausscheiden des Gesellschafters aber nicht bekannt gewesen sei und er sich insoweit auf das Schweigen des Handelsregisters verlassen habe.

- b. Wenngleich Tiedtke dem Ausgangspunkt des BGH zustimmt, so hält er dennoch die Entscheidung im konkreten Fall für falsch.
- aa. Der BGH gehe als selbstverständlich davon aus, daß es sich bei der Umwandlung der Gesamtvertretung in eine Einzelvertretung und der Zugehörigkeit des B zur Gesellschaft um zwei verschiedene Tatsachen handele.

Dagegen sieht Tiedtke in diesem Fall nur eine einzige Tatsache, nämlich das Ausscheiden des B, welches sich "lediglich in doppelter Hinsicht auswirkt"²⁰⁾: einerseits darin, daß B nicht mehr zur Gesellschaft gehöre und damit die Eintragung, er sei Gesellschafter, nicht mehr der Rechtswirklichkeit entspreche, andererseits darin, daß A als nunmehr einziger persönlich haftender Gesellschafter alleinvertretungsberechtigt und damit die Eintragung, A und B könnten die Gesellschaft nur gemeinschaftlich vertreten, überholt sei.

Wenn sich X nun bezüglich der einen Tatsache des Ausscheidens sowohl auf die wahre Sachlage, was die Alleinvertretung des A angehe, als auch auf den Rechtsschein des Handelsregisters, was die Zugehörigkeit des B zur Gesellschaft betreffe, berufe, treibe er ein "Doppelspiel"²¹⁾.

Zur Entstehung der Gesellschaftsschuld trage X das Ausscheiden des B vor, zur Haftung des B mache er geltend, die Rechtsverhältnisse

20) Tiedtke, DB 1979, 247

21) Tiedtke, a.a.O.

müßten so angesehen werden, wie wenn B nicht ausgeschieden wäre. Dieses Vorbringen sei in sich widerspruchsvoll und daher unzulässig²²⁾. Das Vorliegen ein und desselben Umstandes könne nicht bei der Frage, ob eine Verpflichtung der Gesellschaft begründet sei, bejaht, bei der Frage aber, ob B für diese Verbindlichkeit hafte, verneint werden.

Hübner²³⁾, der ähnliche Bedenken äußert, spricht insoweit von einem "gespaltenen Bewußtsein" des Dritten.

Tiedtke kommt in unserem Fall zu folgendem Ergebnis: X hat ein Wahlrecht. Er kann die wirkliche Sachlage oder den Schein des Registers für maßgebend erklären. Er kann gemäß § 15 Abs.1 HGB verlangen, so gestellt zu werden, wie er stünde, wenn B nicht aus der Gesellschaft ausgeschieden wäre. Dann wäre A aber nicht alleinvertretungsberechtigt gewesen und folglich keine Gesellschaftsschuld entstanden, für die B einzustehen hätte²⁴⁾.

bb. X könne nicht verlangen, besser gestellt zu werden, als er stünde, wenn die nicht eingetragene Tatsache nicht eingetreten wäre²⁵⁾. Vielmehr sei B schutzwürdig. Es sei nicht sachgerecht, daß der Gesellschafter, der ausgeschieden sei und sein Ausscheiden dem Dritten nicht entgegenhalten könne, schlechter stehe, als er stünde, solange er der Gesellschaft angehöre.

22) Ähnlich John, ZHR 140, 236 (254), der das vom BGH erzielte Ergebnis für "wenig überzeugend" hält.

23) Hübner, Handelsrecht, Rz. 38

24) So auch Hübner, Rz. 38

25) Tiedtke, a.a.O. S.247

IV. Die sich angesichts der verschiedenen Lösungen ergebende Problematik

Fraglich ist, ob sich bei Fallgestaltungen der vorliegenden Art, wo sich ein historischer Vorgang (hier: das Ausscheiden des Komplementärs aus der KG) rechtlich in doppelter Hinsicht auswirkt (hier: zum einen dahin, daß sich die Gesamt- in Einzelvertretungsmacht umwandelt, zum anderen dahin, daß die Gesellschafterstellung und damit auch die Haftung für neue Verbindlichkeiten erlischt) besondere Auswirkungen auf die Ausübung oder den Umfang des Wahlrechts ergeben.

1. Wahl zwischen wahren und fiktivem Sachverhalt oder zwischen verschiedenen Rechtsfolgen

In der Literatur herrscht Streit darüber, ob es sich bei dem Wahlrecht, das dem Dritten im Falle des § 15 Abs.1 HGB allgemein zugestanden wird, um eine Wahl zwischen dem wahren und einem fiktiven Sachverhalt oder um eine Rechtsfolgenwahl handelt.

Während Tiedtke²⁶⁾ davon spricht, daß der Dritte bezüglich der einzutragenden Tatsache wählen könne zwischen dem wahren Sachverhalt und einem Fiktivsachverhalt, der sich aus dem Rechtschein des Handelsregisters ergebe, weisen Hüffer²⁷⁾ und Karsten Schmidt²⁸⁾ ausdrücklich darauf hin, daß der Dritte nur die Wahl zwischen verschiedenen Rechtsfolgen - "Vertrauensschutz ja oder nein!"²⁹⁾ - habe. Die verschiedenen Auffassungen kommen teilweise auch deshalb zu unterschiedlichen Ergebnissen.

26) Tiedtke, DB 1979, 246 und 247

27) Staub/ Hüffer, HGB, § 15 Rz.26

28) K. Schmidt, Handelsrecht, S.306

29) Zit.: K. Schmidt, S.306

Nach der Konzeption Tiedtkes ist es nicht möglich, daß sich eine Person bezüglich eines einzigen tatsächlichen Vorganges teilweise auf den wahren und teilweise auf den fiktiven Sachverhalt beruft. Dadurch werde sein Bewußtsein gespalten³⁰⁾. Da aber ein solches gespaltenes Bewußtsein eines vertrauenden Dritten nicht denkbar und mit Sinn und Zweck des § 15 Abs.1 HGB nicht vereinbar sei, lehnt Tiedtke die diesen Schritt vollziehende BGH-Entscheidung³¹⁾ als falsch ab.

Für Schmidt kommt es dagegen nicht auf das "Bewußtsein" des Dritten an; entscheidend sei, daß sich der Dritte bei jeder einzelnen eintragungspflichtigen Tatsache für oder gegen den Vertrauensschutz nach § 15 Abs.1 HGB entscheiden könne, ohne daß sich eine logische Übereinstimmung ergeben müsse. Schmidt kommt folglich zum gleichen Ergebnis wie der BGH, der anscheinend diese Auffassung teilt.

Hüffer sieht, daß allein der Gedanke des Vertrauensschutzes die gleichzeitige Berufung auf die wahre und die scheinbare Rechtslage nicht zu tragen vermag, da es ein gespaltenes Bewußtsein nicht gebe. Der Ansicht des BGH sei jedoch zu folgen, da sie den Konflikt zwischen der akzessorischen Gesellschafterhaftung und der Vertretungsregelung zugunsten der Haftung entscheide³²⁾.

Um eine Beurteilung der Problematik zu ermöglichen, wird diese Arbeit daher zu klären versuchen, was unter "Tatsache" im Sinne des § 15 Abs.1 HGB zu verstehen ist - d.h. ob es sich um eine Tatsache handelt, die einen rechtlich

30) Siehe dazu bereits oben: III 2 b aa!

31) BGHZ 65, 309

32) Staub/Hüffer, HGB, § 15 Rz. 27

bedeutsamen tatsächlichen Vorgang kennzeichnet, oder aber um eine rechtlich relevante eintragungspflichtige "Rechtstatsache" - und worauf sich das Wahlrecht erstreckt, ob auf Sachverhalte oder auf Rechtsfolgen.

Aufschluß darüber könnten eine Auslegung des Wortsinns und des Bedeutungszusammenhangs des § 15 Abs.1 HGB geben. Im Rahmen des Bedeutungszusammenhangs sind die verschiedenen rechtlich geregelten Funktionen des Handelsregisters zu untersuchen.

2. Die Problematik des "gespaltenen Bewußtseins"

Bei jeder der soeben aufgezeigten Auffassungen über das Wahlrecht taucht die Problematik des "gespaltenen Bewußtseins"³³⁾ im Fall des BGH³⁴⁾ auf. Fraglich ist, ob man hier, wo zwei verschiedenen eintragungspflichtige Tatsachen vorliegen, unberücksichtigt lassen kann, daß sie auf einem einzigen tatsächlichen Vorgang beruhen.

Während diejenige Auffassung, die von einer Wahl zwischen Sachverhalten spricht, eine Haftbarkeit über § 15 Abs.1 HGB wegen dieses inneren Widerspruchs ablehnt³⁵⁾, läßt die andere Meinung, die für eine Rechtsfolgenwahl ist, den inneren Widerspruch im konkreten Fall unberücksichtigt³⁶⁾.

Auf den ersten Blick erscheint es ungewöhnlich, daß § 15 Abs.1 HGB eine solche "schizophrene" Lösung anbietet. Die Befürworter der "Rosinen-

33) Zit.: Hübner, Handelsrecht, Rz.38

34) BGHZ 65, 309

35) Tiedtke, DB 1979, 246 f.; Hübner, Rz. 38

36) Staub/Hüffer, HGB, § 15 Rz. 26;
K. Schmidt, Handelsrecht, S. 306

thorie" verweisen aber gerade auf den Gesetzeswortlaut und betonen ihre Gesetzestreue. Möglicherweise sind aber diejenigen, welche ein erweitertes Wahlrecht annehmen, sowie der BGH selbst zu weit gegangen. Auch dies soll im Rahmen der Auslegung des § 15 Abs.1 HGB geprüft werden, wobei den Kriterien des Sinns und Zwecks des Gesetzes besondere Aufmerksamkeit geschenkt werden soll.

C. Auslegung des § 15 Abs.1 HGB

Umfang und Grenzen sowie Art und Inhalt eines Rechts bestimmt grundsätzlich das Gesetz. Da das Gesetz - hier speziell das HGB - aber über die Grenzen des Wahlrechts bei § 15 Abs.1 HGB, insbesondere über seine Reichweite, ausdrücklich nichts aussagt, muß dies durch Auslegung ermittelt werden.

Zunächst ist eine Vorschrift anhand ihres Wortsinns auszulegen¹⁾. Der Wortsinn ist "die Bedeutung eines Ausdrucks oder einer Wortverbindung im allgemeinen Sprachgebrauch oder im besonderen Sprachgebrauch des jeweils Redenden"²⁾ Der Wortsinn der im HGB enthaltenen Vorschriften, die das Handelsregister betreffen, insbesondere der des § 15 HGB, geben zur Klärung der aufgeworfenen Fragen aber nichts her.

Aufschluß könnten aber der Bedeutungszusammenhang des Gesetzes, die Normvorstellungen und Regelungsabsichten des historischen Gesetzgebers sowie objektiv-teleologische Kriterien geben³⁾.

Das Handelsregister enthält in den §§ 8 bis 12 und 14 bis 16 allgemeine Vorschriften zum Handelsregister. Es wird geprüft werden, ob sich aus diesen Regelungen bestimmte Rückschlüsse für eine Auslegung des Wahlrechts im

1) So schon v. Savigny, Juristische Methodenlehre (sog. "Frühschrift"), auch in: System des heutigen Römischen Rechts Bd. I (1840), S.213 f.

2) Zit. Larenz, Methodenlehre, Kapitel 4, 2 a)

3) Diese Auslegungsmethode geht auf v.Savigny zurück, der vier "Elemente" der Auslegung nämlich das grammatische, das historische, das logische und das systematische, für wesentlich hielt; vgl. System des heutigen Röm. Rechts, S. 215.

Rahmen des § 15 Abs.1 HGB gezogen werden können.

Der Übersichtlichkeit halber wird im folgenden nicht nach den einzelnen Vorschriften vorgegangen; stattdessen werden die Funktionen des Handelsregisters jeweils umfassend dargestellt, wobei die Regelungen des HGB einbezogen werden. Daran schließt sich eine Erörterung der Regelungsabsichten des historischen Gesetzgebers an. Zuletzt wird anhand Sinn und Zweck des § 15 Abs.1 HGB versucht, Art und Umfang des Wahlrechts zu bestimmen und die Konsequenzen für den Ausgangsfall aufzuzeigen.

I. Die Vereinbarkeit der "Rosinentheorie" mit den Funktionen des Handelsregisters

Das Handelsregister dient im Interesse des Kaufmanns, seiner (potentiellen) Geschäftspartner und der Öffentlichkeit der Offenbarung wichtiger Rechtsverhältnisse des Kaufmanns⁴⁾. Es wird von staatlichen Stellen geführt, die das Register dem allgemeinen Publikum zugänglich und dienstbar machen. Die weitgehende Vollständigkeit wird dadurch garantiert, daß die meisten Anmeldungen zur Eintragung, die dem Schutz der Öffentlichkeit dienen sollen, erzwungen werden können.

Der Schutz Dritter wird aber erst dadurch vollkommen, daß der Dritte sich nach § 15 HGB gegenüber dem Eintragungspflichtigen auf den Inhalt des Handelsregisters berufen kann. Die Hauptfunktion des Handelsregisters ist daher die Publizitätsfunktion.

Daneben ist aber auch die Kontrollfunktion von großer Bedeutung.

4) v. Gierke/Sandrock, § 11 I (S.142)

1. Die Kontrollfunktion des Handelsregisters

Die Kontrollfunktion kommt dem Handelsregister aufgrund des Registerverfahrens zu⁵⁾.

a. Das Registerverfahren

aa. Die formellen Voraussetzungen der Eintragung

Das Handelsregister wird von den Amtsgerichten (§§ 8 HGB, 125 Abs.1 FGG) des Bezirks der Niederlassung geführt (§ 29 HGB; §§ 13-13c HGB für Zweigniederlassungen). Die richterlichen Aufgaben sind mit Ausnahme der in § 17 RPflG genannten, die dem Registerrichter vorbehalten sind, dem Rechtspfleger übertragen (§ 3 Nr. 2 d RPflG).

Das Eintragungsverfahren kommt regelmäßig durch einen entsprechenden Antrag - die Anmeldung - in Gang. Nur in Ausnahmefällen wird das Gericht von Amts wegen tätig (vgl. §§ 31 Abs.2, 32 S.1 HGB, § 142 FGG). Das Gericht prüft seine Zuständigkeit, Form der Anmeldung und Berechtigung des Anmeldenden zu Anmeldung, Vollständigkeit der Urkunden, Eintragungsfähigkeit der Tatsache sowie die Richtigkeit der Erklärung, soweit es daran begründete Zweifel hat⁶⁾.

bb. Prüfungsrecht und -pflicht des Registerrichters

Während in der älteren Rechtsprechung und Literatur⁷⁾ angenommen wurde, daß das Gericht nur die Gesetzmäßigkeit der Anmeldung ohne Rücksicht auf ihre inhaltliche Richtigkeit zu

5) Staub/Hüffer, HGB, Vor § 8 Rz.2; Brox, Handelsrecht, Rz.107; Forsthoff, Rechtsprobleme des neuen § 15 HGB, S.8 u. 11

6) Hübner, a.a.O. Rz.30

7) RGZ 1, 242 (243); KGJ 8, 12 (15); OLG Karlsruhe, JFG 1, 213 (214); RGSt 18, 179 (180); Herb. Meyer, ZHR 81 (1918), 265 (382 ff.).

prüfen habe, ist heute allgemein anerkannt⁸⁾, daß das Gericht zur Prüfung der Eintragungsvoraussetzungen in formeller und materieller Hinsicht berechtigt und verpflichtet ist (§ 8 HGB). Zum Teil⁹⁾ wird dies auf den Amtsermittlungsgrundsatz (§ 12 FGG) gestützt, zum Teil¹⁰⁾ wird ausdrücklich betont, daß das materielle Prüfungsrecht und die entsprechende Prüfungspflicht keiner besonderen gesetzlichen Ableitung bedürften; rechtliche Basis der Prüfung sei die selbstverständliche Pflicht des Gerichts, die Vorschriften und Grundsätze des materiellen Rechts zu beachten.

Das Handelsregister kann seine Funktion, über bestimmte, für wichtig erachtete Verhältnisse des Kaufmannsstandes Auskunft zu geben, nur erfüllen, wenn man dem Registerrichter ein umfassendes materielles Prüfungsrecht zugesteht. Nur dann ist in möglichst weitem Umfang sichergestellt, daß die Erklärungen zum Handelsregister mit den dahinterstehenden tatsächlichen und rechtlichen Verhältnissen übereinstimmen¹¹⁾. Das Handelsregister soll eine verlässliche Information und damit Rechtssicherheit bieten¹²⁾.

8) Siehe: RGZ 127, 153 (156); 140, 174 (181); BGH NJW 1977, 1879 (1880); WM 1981, 400 (401) BayObLG DB 1973, 1340; DB 1977, 1085; v. Gierke/Sandrock, I, § 11 II 5; Schlegelberger/Hildebrandt/Steckhan, § 8 Rz. 20 ff.; Staub/Hüffer, Vor § 8 Rz.2 und § 8 Rz.52 ff.; Hübner, Rz. 30; Hofmann, JA 1980, 266; auch schon früher: Telgmann, Wirkung der Eintragung (1903), S.7 ff.; Ehrenberg, IJb 61, S.423 (424); v. Gierke im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, Bd.III, unter dem Artikel "Handelsregister", S.133.

9) Schlegelberger/Hildebrandt/Steckhan, HGB, § 8 Rz.23; Brox, a.a.O. Rz.107; K. Schmidt, § 13 III a (S.293); Gross, Handelsrecht, S. 100; v. Hößlin, Rechtsschein und Kausalität im Handelsrecht, S. 13.

10) Staub/Hüffer, HGB, § 8 Rz.54

11) H.M.; statt aller: Deschler, Handelsregisterpublizität und Verkehrsschutz, S. 55

12) So: Gross, Handelsrecht, S. 97; Adler, Das Handelsregister, seine Öffentlichkeit, S.20

Es wäre widersinnig, dem Registerrichter einerseits die Möglichkeit zum Einschreiten nach §§ 14 und 37 HGB zu geben, um den Eintragungspflichtigen zur Registeranmeldung anzuhalten bzw. einen unzulässigen Firmengebrauch zu verhindern, andererseits aber anzunehmen, daß den Registerrichter die materielle Richtigkeit der Eintragung nichts angehe.

Muß der Registerrichter auf Grund konkreter Umstände Zweifel an der Richtigkeit der angemeldeten Tatsache hegen, so hat er daher besondere Untersuchungen hinsichtlich der Wahrheit anzustellen¹³⁾. Ansonsten hat er jede Anmeldung auf ihre Plausibilität zu prüfen, also darauf, ob das, was er eintragen soll, schlüssig dargelegt und nach seiner Lebens- und Geschäftserfahrung in sich glaubwürdig ist. Wenn dem Registerrichter bezüglich der materiellen Richtigkeit der Anmeldung keine Bedenken kommen, hat er die Eintragung ohne zusätzliche Ermittlungen vorzunehmen¹⁴⁾.

b. Die beweisrechtliche Bedeutung der Eintragung

aa. Die Vermutung der inhaltlichen Richtigkeit der Eintragung

Früher wurde vielfach eine Vermutung nur hinsichtlich der Gesetzmäßigkeit der Eintragung anerkannt¹⁵⁾. Diese Auffassung ist heute über-

13) H.M.: RGZ 140, 174(181); OLG Hamburg, NJW 1966, 986; Staub/ Hüffer, HGB, § 8 Rz.56; v. Gierke/ Sandroch, I, § 11 II 5; Schlegelberger/ Hildebrandt/ Steckhan, HGB, § 8 Rz.23a; Würdinger in GroßkommHGB, § 8 Anm. 8 f.; Herb. Meyer, ZHR 81, 420; Telgmann, a.a.O. S.10; Thöne, Der öff. Glaube des Handelsreg., S.30 m.w.N. für ältere Literatur

14) Brand, ZBH 1928, 99; Ehrenberg, IJb 61, 422(429 f.).

15) Vgl. RGZ 41, 19(22); KG OLGE 9, 247(248); v. Gierke, Handwörterbuch III, S.134; Düringer/ Hachenburg/ Hoeniger, HGB, 3.Aufl. (1930), Vorb. §8 Anm. 3; Herb. Meyer, ZHR 81 365 (421) m.w.N.; Altenberg, Das Publizitätsprinzip des Handelsreg., S.79

holt, da man heute allgemein davon ausgeht, daß sich die Prüfungspflicht des Registerrichters auch auf materielle Fragen erstreckt¹⁶⁾. Auf der Grundlage der Prüfungspflicht des Registerrichters wird von einem Teil der Rechtsprechung und der Literatur den Eintragungen im Handelsregister allgemein die (widerlegbare) Vermutung ihrer inhaltlichen Richtigkeit zuerkannt¹⁷⁾. Diese Vermutung beruht auf der Annahme, daß das Registergericht das Handelsregister so führe, daß es nur Tatsachen eintrage, von deren Richtigkeit es überzeugt sei.

Dagegen ist jedoch zu sagen, daß das HGB keine Regelung enthält, die derjenigen des § 891 BGB für Grundbucheintragungen entspricht. § 891 BGB begründet ausdrücklich für das Grundbuch die Vermutung der sachlichen Richtigkeit des Eingetragenen. Zwar ist die Vermutung widerlegbar, jedoch muß derjenige, der eine andere Rechtslage dartun will, den vollen Beweis für die von ihm behaupteten Tatsachen erbringen (Beweislastumkehr)¹⁸⁾.

Die Richtigkeitsvermutung beim Handelsregister ist vielmehr in unmittelbarem Zusammenhang mit der Prüfungspflicht des Registerrichters zu sehen. Eine neuere Ansicht¹⁹⁾, die davon ausgeht, daß der Registerrichter nicht immer von seinem Prüfungsrecht Gebrauch macht, stellt mit Recht auf den Einzelfall ab: Die Richtigkeit des Registerinhalts könne nur dann vermutet werden, wenn tatsächlich eine dezidierte

16) Siehe oben S. 23 ff.

17) KG OLGE 14, 158 (159); BayObLG LZ 1928, 498 (500); Baumbach/Duden/Hopt, HGB, § 9 Anm. 2 A; v. Zanthier, Die Bedeutung der Eintragung, S. 46; Hämmerle/Wünsch, Handelsrecht, I, § 9 I E 4

18) MünchKomm/Wacke, BGB, § 891, Rz. 15 u. 23

19) V. Gierke/Sandrock, I, § 11 III 1 b; K. Schmidt, Handelsrecht, § 13 II b und JuS 1977, 210; Staub/Hüffer, HGB, § 8 Rz. 83; Schlegelberger/Hildebrandt/Steckhan, HGB, § 8 Rz. 29

Prüfung stattgefunden habe²⁰⁾. Die negative Überzeugung, daß der Anmeldung nichts entgegensteht, sei etwas anderes als die positive richterliche Überzeugung. Auf diese negative Überzeugung lasse sich die Vermutung für die inhaltliche Richtigkeit der Eintragung nicht stützen²¹⁾.

Mit einer anderen Betrachtungsweise gelangt Deschler²²⁾ zu einer Richtigkeitsvermutung: Für ihn ist die in der Anmeldung liegende Mitteilung des Eintragungspflichtigen die "Grundlage für die Vermutung der Übereinstimmung zwischen der in der Eintragung liegenden Verlautbarung über bestimmte rechtlich erhebliche Verhältnisse und den dahinter stehenden tatsächlichen Verhältnissen des Eintragsinteressenten"²³⁾. Dieser habe normalerweise ein großes Interesse daran, daß die Registereintragung ein "wirkliches Spiegelbild der zu verlautbarenden Verhältnisse" des Eintragungspflichtigen werde, weil er sich des Registers auch zu seinem eigenen Schutz bediene. Der Eintragungspflichtige sei derjenige, der die hinter der Eintragung stehenden Tatsachen am besten kenne, sodaß von daher eine gewisse Gewähr für die Richtigkeit der Anmeldung gegeben sei²⁴⁾. Außerdem stimme die ganz überwiegende Zahl der Anmeldungen zum Register mit der Wirklichkeit überein.

Gerade aus dieser Begründung ergibt sich aber ein Kritikpunkt gegen diese Auffassung: Deschler geht von dem "Durchschnittsmenschen" aus, nämlich demjenigen, der wahrheitsgemäße Angaben

20) Schlegelberger/ Hildebrandt/ Steckhan, HGB, § 8 Rz.29; Thöne, a.a.O. S.32

21) So schon Ehrenberg, IJb 47, 295 f.

22) Deschler, Handelsregisterpublizität und Verkehrsschutz, 1977, S.57 f.

23) Zit. Deschler, a.a.O.

24) Ähnlich: v. Zanthier, a.a.O. S.46, der eine Vermutung eines "Ehrenmannes" annimmt.

macht. Wenn er aber selbst angibt, daß die überwiegende Zahl der Anmeldungen wirklichkeitsgetreu erfolgen, so beinhaltet das aber gleichzeitig das Zugeständnis, daß doch ab und zu unrichtige Angaben gemacht werden, gerade dann, wenn sie für den Eintragungspflichtigen von Vorteil erscheinen. Man sollte hier, wo vom Gesetz keine ausdrückliche Regelung getroffen wurde, von dem Regelfall keine absolute, allgemein gültige Richtigkeitsvermutung ableiten. Folglich darf nur im Einzelfall die Richtigkeit vermutet werden, und nicht generell.

bb. Die Beweiskraft der Eintragung

Eine weitere Folge dessen, daß die Register-
eintragungen weitgehend kontrolliert worden
sind, ist, daß der Registerauszug im Prozeß
als Beweismittel dienen kann.

Die Beweiswirkung des Registereintrags erstreckt
sich zunächst auf die Gesetzmäßigkeit²⁵⁾. Ob
sich darüberhinaus eine allgemeine Beweiswir-
kung für die sachliche Richtigkeit bejahen
läßt, wird unterschiedlich beurteilt.

Diejenigen, welche eine grundsätzlich beste-
hende Richtigkeitsvermutung annehmen²⁶⁾, be-
jahen auch eine volle förmliche Beweiskraft
hinsichtlich der eingetragenen Tatsachen.

Die anderen, welche für die Richtigkeitsvermu-
tung auf den Einzelfall abstellen, je nach dem,
ob eine materielle Prüfung erfolgt ist oder
nicht²⁷⁾, nehmen an, daß durch eine Eintragung

25) Zur bloßen Gesetzmäßigkeit: RGZ 41, 19 (22)

26) Baumbach/ Duden/ Hopt, HGB, § 9 Anm.2 A.;
Deschler, a.a.O., S.55 f.

27) V. Gierke/ Sandrock, I, § 11 III 1 b;
K. Schmidt, Handelsrecht, § 13 II b; Staub/
Huffer, HGB, § 8, Rz.83; Würdinger in Groß-
KommHGB, § 8 Anm.15; Schlegelberger/ Hilde-
brandt/ Steckhan, HGB, § 8 Rz.29

lediglich der Beweis des ersten Anscheins erbracht wird.

- c. Richtigkeitsvermutung und Beweiskraft der Eintragung als Indizien für die Notwendigkeit eines tatsächlichen Bezugs

Im Wege des registergerichtlichen Kontrollverfahrens soll eine weitreichende Gewähr für die Richtigkeit der eingetragenen Tatsachen geboten werden. Die Richtigkeitsvermutung bzw. der Beweis des ersten Anscheins erstreckt sich also nicht auf Rechtsfolgen. Bestimmte Rechtsfolgen werden nur mittelbar gewährleistet, nämlich über die eingetragenen Tatsachen, die Tatbestandsmerkmale und somit wichtiger Bestandteil von Ansprüchen sind. Jedoch sind die Rechtsfolgen noch keineswegs konkretisiert oder von vornherein bestimmbar. Dies hängt wiederum von dem konkreten Sachverhalt und anderen rechtlichen Beziehungen ab.

Es besteht lediglich eine Vermutung, daß die eingetragenen Tatsachen zum Zeitpunkt ihrer Eintragung richtig waren, denn das Registergericht prüft danach nicht tagtäglich, ob sie noch der Wirklichkeit entsprechen. Ein guter Glaube des Dritten an die Richtigkeit oder Vollständigkeit der Eintragungen wird gerade nicht geschützt. Der Schutz des § 15 Abs.1 HGB geht vielmehr - wie noch unten gezeigt werden wird - dahin, daß gegenüber gutgläubigen Dritten die alte Rechtslage weitergilt, die fortbestehen würde, wenn die nicht publizierte offenlegungspflichtige Veränderung der Rechtslage nicht eingetreten wäre (sog. Perpetuierungsgedanke)²⁸⁾.

28) So auch: Brox, Handelsrecht, Rz.109; Hübner, Handelsrecht, § 2 IV 2; Reinicke, JZ 1985, 277

Dadurch, daß sich aber die Richtigkeitsvermutung und die Beweiskraft nur auf die eingetragenen Tatsachen und nicht auf Rechtsfolgen erstreckt, besteht aber zumindest ein Indiz dafür, daß sich auch das Wahlrecht des Dritten nur auf Tatsachen beziehen kann. Es liegt an dem Dritten, ob er im Verfahren vorbringt, die eingetragene Tatsache solle gelten oder aber die wirkliche Sachlage. Was sich aus diesem Vorbringen ergibt, entscheidet das Gericht. Entschließt sich der Dritte also, den Vertrauensschutz gemäß § 15 Abs.1 HGB geltend zu machen, und beruft er sich auf eine Eintragung im Handelsregister, die nicht der wahren Rechtslage entspricht, so muß nicht zwingend eine bestimmte Rechtsfolge eintreten, die sich der Dritte wünscht. Es kann auch so kommen, daß der Inanspruchgenommene z.B. im Prozeß nachweist, daß der Dritte Kenntnis von der wahren Rechtslage hatte²⁹⁾. Es hängt somit von den näheren Umständen bzw. eventuell vom Zufall ab, welche Rechtsfolge eintritt. Der Dritte kann sich also zwar eine bestimmte Rechtsfolge erhoffen und sie anstreben, sie aber nicht ohne weiteres wählen.

Beispiel:

P war jahrelang Prokurist in dem Unternehmen U & Co. oHG. Die Prokura wurde eines Tages widerrufen, eine entsprechende Eintragung im Handelsregister erfolgte jedoch nicht. Nach dem Widerruf bestellte P für die U & Co. oHG Waren bei L, der alsbald lieferte. Die oHG verweigerte aber die Zahlung und verwies den L an P.

Wie und ob P haftet, hängt zunächst davon ab, auf welchen Sachverhalt sich L beruft, ob er den wahren oder den sich aus dem Handelsregister ergebenden Sachverhalt gelten lassen will.

Beruft er sich auf den wahren Sachverhalt, daß nämlich die Prokura erloschen war, so haftet der P gemäß § 179 Abs.1 BGB als falsus procurator. Geht er dagegen von den Handels-

29) A.A.: Reinicke, JZ 1985, 274, der dies wegen § 138 Abs.1 ZPO für ausgeschlossen hält.

registereitragungen aus, dann haftet P nicht, sondern das Unternehmen gemäß § 15 Abs.1 HGB.

Diese Rechtsfolgen sind aber nicht zwingend. Stellt sich z. B. während des Rechtsstreits heraus, daß L vom Widerruf der Prokura wußte, so kann er sich zwar auf den scheinbaren Sachverhalt berufen. Das Gericht wird aber den § 15 Abs.1 HGB für nicht anwendbar erklären, weil dies voraussetzen würde, daß dem L der Widerruf nicht bekannt war. L ist dann auf die Inanspruchnahme des P nach § 179 Abs.1 BGB beschränkt.

Die Rechtsfolge im engeren Sinn ergibt sich also - je nach gewählter Tatsache - aus dem Urteil. Man kann daher nicht von vornherein sagen, der Dritte habe die Wahl zwischen verschiedenen Rechtsfolgen³⁰⁾.

d. Ergebnis

Nach dem zur Kontrollfunktion des Handelsregisters Gesagten ergibt sich für den Fall des BGH³¹⁾ bzw. den unter A. dargestellten Ausgangsfall, daß der Dritte X annehmen durfte, die Eintragungen in das Handelsregister bezüglich der KG seien wahrscheinlich erst nach einer formellen und materiellen Prüfung durch das Gericht auf ihre Plausibilität hin vorgenommen worden. Infolgedessen durfte X zumindest vermuten, daß der Registerinhalt zum Zeitpunkt unmittelbar nach Eintragung den tatsächlich gegebenen Verhältnissen der Gesellschaft entsprach, daß also A und B der Gesellschaft als Komplementäre angehörten und daß sie nur gemeinsam zur Vertretung berechtigt waren.

Da sich diese Richtigkeitsvermutung und die

30) So aber: K. Schmidt, Handelsrecht, § 14 II 4 b (S.306); Staub/Hüffer, HGB, § 15 Rz.27

31) BGHZ 65, 309 = BGH NJW 1976, 569

Beweiskraft des Handelsregisters nur auf Tatsachen erstrecken, besteht ein Indiz dafür, daß X allenfalls ein Wahlrecht zwischen den eingetragenen Tatsachen und den real gegebenen Tatsachen, nicht aber zwischen verschiedenen Rechtsfolgen hat. Diese ergeben sich erst als Konsequenz aus der Ausübung des Wahlrechtes.

Die Kontrollfunktion des Handelsregisters, die eine zumindest anfängliche Richtigkeit der Eintragungen gewährleisten soll, spielt jedoch im Rahmen der Funktionen des Handelsregisters nur eine untergeordnete Rolle. Eine entscheidende Funktion und die weitaus größte praktische Bedeutung hat das Handelsregister als Publizitätsmittel. Fraglich ist, ob die "Rosinentheorie" auch angesichts dieser Funktion tragfähig ist. Dies schließt die bislang offengebliebene Frage ein, ob der Dritte in seinem Vertrauen auf den Fortbestand der Richtigkeit der Eintragungen bzw. auf die Vollständigkeit geschützt werden soll und wird.

2. Die Publizitätsfunktion des Handelsregisters

a. Der Zweck der Handelsregisterpublizität

Die Handelsregisterpublizität bezweckt die möglichst genaue und zuverlässige Unterrichtung der Öffentlichkeit über bestimmte rechtserhebliche Verhältnisse vollkaufmännischer Unternehmen³²⁾. Das Gesetz will in § 15 HGB einem Verkehrsschutzbedürfnis Rechnung tragen. Dieses entsteht daraus, daß die für die Rechtsstellung eines mit dem Unternehmen in Geschäftsverkehr tretenden Dritten entscheidenden Umstände - insbesondere die Vertretungs- und Haftungsverhältnisse im Unternehmen - von den allgemeinen Vorschriften meist an Organisationsmaßnahmen angeknüpft werden, die vom Unternehmer einseitig getroffen worden sind. Damit sind sie für den außenstehenden Dritten in aller Regel nicht erkennbar³³⁾.

Bereits in den Motiven zum Preussischen Entwurf eines Handelsgesetzbuches ist folgendes verlautbart³⁴⁾:

"Es wird in einem solchen Handelsregister in zweckmäßiger Weise ein Organ geschaffen, welches auf ähnliche Weise, wie das Hypothekenbuch über den Rechtszustand der Grundstücke, über die Verhältnisse des Handelsstandes des Bezirks, soweit sie von allgemeinem Interesse sind, genauen Aufschluß giebt."

Das Handelsregister soll als ein "zentrales

32) So: Schlegelberger/Hildebrandt/Steckhan, HGB, § 15 Rz.2; Staub/Hüffer, HGB, Vor § 8 Rz. 1; auch schon Telgmann, a.a.O. S.5.

33) So: Schlegelberger/Hildebrandt/Steckhan, HGB, § 15 Rz.2.

34) Motive zum Entwurf eines Preussischen Handelsgesetzbuchs (1858), S.10

Ordnungsinstrument des Zivilrechts" ³⁵⁾Rechtssicherheit vermitteln, denn "Privatrechtsordnung und Privatautonomie können ... ohne publizierte Vertrauenstatbestände, ohne Transparenz, nicht existieren"³⁶⁾.

Fraglich ist, ob aber durch die Ausübung eines Wahlrechts diese Rechtssicherheit noch vermittelt werden kann, wenn sich der Wählende zum einen auf die scheinbare Lage, zum anderen gleichzeitig auf die tatsächliche Rechtslage beruft, sodaß sich eine insgesamt nicht einfach nachzuvollziehende rechtliche Konstruktion ergibt. Auszugehen ist davon, welche Bedeutung der Vertrauenstatbestand des § 15 HGB zur Beurteilung der Rechtslage haben soll. Hierfür ist zunächst eine Erläuterung der Publizitätsfunktion erforderlich, die verschiedene Auswirkungen hat. Erst danach kann die hier einschlägige Ausprägung mit ihren rechtlichen Folgen zur weiteren Prüfung des Problems herangezogen werden.

b. Die Doppeldeutigkeit des Begriffs "Publizität"

Die Publizitätsfunktion hat eine formelle und eine materielle Seite³⁷⁾. Zunächst bezeichnet der Begriff Publizität die Öffentlichkeit des Handelsregisters, sodann die darauf gestützte Rechtsfolge. Letztere besteht in dem Schutz derjenigen, die auf den mit der Offenlegung der Unternehmensverhältnisse bei unvollständiger oder unrichtiger Offenlegung geschaffenen Scheintatbestand vertrauen.

35) Zit.: Hofmann, JA 1980, 266

36) Zit.: Großfeld, Zivilrecht als Gestaltungsaufgabe, S. 17

37) H.M.; statt aller siehe: K. Schmidt, Handelsrecht, § 13 III e

aa. Die Öffentlichkeit des Handelsregisters

- (1) Nach den §§ 9 und 10 HGB hat jeder das Recht auf Einsichtnahme und Erteilung von Abschriften, gerichtlichen Zeugnissen und Bescheinigungen. Das Recht auf Einsicht erstreckt sich auch auf die zum Handelsregister eingereichten Schriftstücke (z.B.: Statuten, Belege und Unterlagen, die zur Prüfung der Rechtmäßigkeit der Eintragungen erforderlich waren), nicht jedoch auf die für den internen Geschäftsbetrieb des Gerichts erlassenen Verfügungen³⁸⁾. Abschriften von den Eintragungen können nur erteilt werden, wenn ein berechtigtes Interesse glaubhaft gemacht wird.
- (2) Gemäß §§ 10, 11 HGB werden die Eintragungen durch den Bundesanzeiger und in der Presse - was in der Regel die örtliche Tageszeitung ist - bekanntgemacht, sofern nicht ausnahmsweise etwas anderes vorgeschrieben ist³⁹⁾.

Zweck der Bekanntmachung ist, die Aufmerksamkeit weiter Kreise sofort auf die neue Eintragung in das Handelsregister zu lenken und so den Interessenten zu ersparen, sich in kurzen Abständen durch Einsichtnahme von dem jeweiligen Stand des Registers zu unterrichten.

- (3) Das Handelsregister hat über Tatsachen und Rechtsverhältnisse, und nicht nur - wie früher

38) Thöne, a.a.O. S.25; Wilhelm, Welche Bedeutung hat das Handelsregister für den Rechtsverkehr?, S.7 f.

39) In einigen Fällen weicht das Gesetz aus besonderen Gründen von dieser Regel ab, indem es von der Bekanntmachung absieht (vgl. §§ 32 S.2, 35 HGB; §§ 23 Abs.2 S.2, 98 Abs.3 VerglO) oder den Registerinhalt nur teilweise der Bekanntmachung unterwirft (vgl. §§ 162 Abs.2 und 3, 175 HGB).

vielfach vertreten wurde⁴⁰⁾ - über die entsprechenden Anmeldungen, Auskunft zu geben⁴¹⁾. Damit steht das Handelsregister in einer Reihe anderer Verzeichnisse: dem Vereinsregister, dem Personenstandsregister, dem Güterrechtsregister, dem Genossenschaftsregister, dem Schiffsregister und namentlich dem Grundbuch⁴²⁾.

- (4) Aus der Publizitätsfunktion des Handelsregisters ergibt sich, daß das Gesetz die Anmeldung nicht in das Belieben des Betroffenen stellen kann; es begründet vielmehr die öffentlichrechtliche Pflicht, die von ihm bezeichneten Tatsachen zur Eintragung und Bekanntmachung anzumelden, und sorgt für ihre Durchsetzung (§ 14 HGB)⁴³⁾. Im Gegensatz dazu besteht z.B. beim Güterrechtsregister kein Zwang zu Eintragung (§ 1560 S.1 BGB). Eintragungen erfolgen nur auf Antrag der Ehegatten (§ 1561 BGB)⁴⁴⁾.

Nur solche Tatsachen gehören in das Handelsregister, die für den Handelsverkehr rechtserheblich sind. Deshalb können nur solche Umstände und Rechtsverhältnisse eingetragen werden, denen das Gesetz Eintragungsfähigkeit beimißt⁴⁵⁾. Die Auswahl der aufzunehmenden Tatsachen stellt sich dar als ein Kompromiß zwischen dem Informationsbedürfnis des Rechtsverkehrs einerseits und dem etwaigen Geheimhaltungsbedürfnis des Kaufmanns andererseits⁴⁶⁾.

40) Siehe oben: 1 b aa, S.24 ff.

41) Staub/Hüffer, HGB, Vor § 8 Rz.1

42) Schlegelberger/Hildebrandt/Steckhan, HGB, Einl. zum 2.Abschnitt, I.

43) Näher dazu: Staub/Hüffer, HGB, § 14 Rz.1

44) Beitzke, Familienrecht, § 13 V 3; Bergerfurth, Das Eherecht, Rz.317; Schlüter, Familienrecht, § 11 III 1.

45) Brox, Handelsrecht, Rz.102; Staub/Hüffer, HGB, § 8 Rz.19.

46) So: Hofmann, JA1980, 265

Das Gesetz unterscheidet eintragungspflichtige und eintragungsfähige Tatsachen.

Eintragungspflichtige Tatsachen müssen eingetragen werden (vgl §§ 29, 31, 32, 53, 106-108 HGB, § 36 AktG, §§ 7,10 GmbHG). Der Vollkaufmann ist zu ihrer Anmeldung beim Registergericht verpflichtet⁴⁷⁾.

Eintragungsfähige Tatsachen sind solche, deren Eintragung das Gesetz zuläßt, aber nicht vorschreibt⁴⁸⁾. Der Kaufmann ist zu ihrer Eintragung also nicht verpflichtet, aber berechtigt (vgl. §§ 3, 25 Abs.2, 27 Abs.2, 28 Abs.2, 36 HGB).

Sollte eine nicht eintragungsfähige Tatsache versehentlich eingetragen worden sein, hat diese unzulässige Eintragung keine Rechtswirkungen⁴⁹⁾.

bb. Die Registerpublizität als Vertrauensschutz

Der Begriff der Publizität wird heute durchweg im Sinne des Vertrauensschutzes verwandt. Das Handelsregister soll den gutgläubigen Rechtsverkehr im Vertrauen auf die Richtigkeit und Vollständigkeit der Eintragungen und Bekanntmachungen schützen.

Der Schutz des Vertrauens auf das Handelsregister, der im § 15 HGB geregelt ist, hat drei Varianten: § 15 Abs.1 HGB schützt den Dritten, wenn eine eintragungspflichtige Tatsache nicht

47) Ausführlich zu den eintragungspflichtigen Tatsachen: Staub/Hüffer, HGB, § 8 Rz.20-30.

48) Zu den eintragungsfähigen Tatsachen ausführlich mit Beispielen: Staub/Hüffer, HGB, § 8 Rz. 19-38.

49) Baumbach/Duden/Hopt, HGB, § 8 Anm. 3; Hofmann, JA 1980, 265; Beispiele bei Staub/Hüffer, HGB, § 8 Rz.39.

eingetragen oder bekannt gemacht ist. § 15 Abs.2 HGB schützt den Eintragungspflichtigen bei richtiger Eintragung und Bekanntmachung. § 15 Abs.3 HGB schützt wiederum den Dritten im Falle falscher Bekanntmachung.

Der Schutz des guten Glaubens an den Inhalt des Handelsregisters ist anders geregelt als beim Grundbuch. Beim Schutz des guten Glaubens an den Inhalt des Grundbuchs (§ 892 BGB) darf sich der Gutgläubige darauf verlassen, daß das, was im Grundbuch steht, richtig ist (sog. positive Publizität). Demgegenüber schützt § 15 Abs.1 HGB Dritte nur in ihrem Vertrauen darauf, daß eine Tatsache, die weder im Handelsregister eingetragen noch bekanntgemacht ist, auch nicht gegeben ist (sog. negative Publizität). Der Dritte kann demnach auf das Schweigen des Registers vertrauen und sich auf die bisherige Lage berufen⁵⁰⁾. Aber auch die Wirkungen der positiven Publizität des Handelsregisters gemäß § 15 Abs.2 und 3 HGB sind anders als diejenige des § 892 BGB: Sie knüpfen nicht an die Eintragungen in das Register, sondern an die Bekanntmachungen an⁵¹⁾.

Im Ausgangsfall ist es so, daß sich der Dritte darauf beruft, das Ausscheiden des Gesellschafters B aus der KG sei noch nicht im Handelsregister verlautbart gewesen, als der er den Vertrag mit A abgeschlossen habe. Der Dritte macht also die negative Publizität des

50) Brox, Handelsrecht, Rz.109 f.; Hirsch, Handelsrecht, § 11 VI 3 b; Schlegelberger/Hildebrandt/Steckhan, HGB, § 15 Rz.7; Staub/Hüffer, HGB, § 15 Rz. 8-10.

51) Allg. A.: Schlegelberger/Hildebrandt/Steckhan, HGB, § 15 Rz.7 und 17; Baumbach/Duden/Hopt, HGB, § 15 Anm. 4 C a); Hofmann, JA 1980, 266 und 269.

Handelsregisters gemäß § 15 Abs.1 HGB geltend. Demgemäß braucht im folgenden nur auf diese Variante der Publizität eingegangen zu werden, d.h. auf deren Voraussetzungen, Folgen und Geltungsgrenzen, wobei an den für den Ausgangsfall bedeutsamen Stellen konkret gezeigt wird, ob und wie diese Fallgestaltung in das System des § 15 Abs.1 HGB paßt.

- c. Die negative Publizität gemäß § 15 Abs.1 HGB
- aa. Die Voraussetzungen des Einwendungsausschlusses gemäß § 15 Abs.1 HGB

§ 15 Abs.1 HGB begründet eine spezifische Vertrauenshaftung. Die allgemeinen Voraussetzungen, auf denen eine Vertrauenshaftung typischerweise aufbaut, sind: Vertrauenstatbestand, Zurechenbarkeit, Vertrauensinvestition und Schutzwürdigkeit des Vertrauens⁵²⁾.

Die Voraussetzungen für die durch das Handelsregister begründete Vertrauenshaftung sind teilweise durch § 15 Abs.1 HGB näher konkretisiert, teilweise aber auch aufgrund richterlicher Rechtsfortbildung und der tragenden Auffassungen im Schrifttum unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck des Handelsregisters - dem weitgehenden Schutz des Rechts- und Geschäftsverkehrs - modifiziert worden.

- (1) Aufgrund des Fehlens von Eintragung oder Bekanntmachung muß der Anschein bestehen, daß die Rechtslage so fortbesteht, wie sie sich aus dem Register allein oder in Verbindung mit der gesetzlichen Regelung ergibt⁵³⁾.

52) So auch: Canaris, Vertrauenshaftung, S.491

53) Staub/Hüffer, HGB, § 15 Rz. 15

- Hier: Die Nichteintragung des Ausscheidens des B erzeugt den Rechtsschein, B sei noch Gesellschafter.

In der Literatur ist streitig, ob § 15 Abs.1 HGB auch dann Anwendung findet, wenn die Voreintragung der Tatsache, deren Veränderung einzutragen war, fehlt. Eine Mindermeinung verneint die Frage, weil es damit schon an einem Scheintatbestand fehle⁵⁴⁾. Die herrschende Meinung bejaht sie mit dem Hinweis auf Wortlaut und Schutzzweck der Vorschrift⁵⁵⁾. Hier ist die geänderte Tatsache, die Gesellschafterstellung des B, voreingetragen. Deshalb ist § 15 Abs. 1 HGB nach beiden Auffassungen anwendbar.

§ 15 HGB setzt eine "einzutragende Tatsache" voraus. Das hat den Sinn, die möglichen Scheintatbestände zu begrenzen, die einen Vertrauensschutz auslösen können⁵⁶⁾. Unberührt von § 15 HGB bleiben eine Rechtsscheinhaftung nach allgemeinen Grundsätzen⁵⁷⁾ und die Anwendung der §§ 170 ff. BGB für die Handlungsvollmacht (§ 54 HGB)⁵⁸⁾.

54) Canaris, a.a.O., S.152; Staub/Hüffer, HGB, § 15 Rz.20; John, ZHR 140, 238 ff.; Hübner, a.a.O. Rz.37; A. Hueck, AcP 118 (1920),350.

55) RGZ 15, 33 (35); 127, 98 f.; BGH BB 1965, 968; OLG Frankfurt, OLGZ 1973, 20 (22); OLG Stuttgart, NJW 1973, 806; Ehrenberg, IJb 47, 325; v. Gierke/Sandrock, a.a.O. § 11 III 2 a; K. Schmidt, Handelsrecht, § 14 II 2 b und JuS 1977, 213 f.; Baumbach/Duden/Hopt, HGB, § 15 Anm.2 H; Schlegelberger/Hildebrandt/Steckhan, HGB, § 15 Rz.11; Würdinger in GroßKommHGB, § 15, Anm.5; Keim, Das sog. Publizitätsprinzip, S.73 f.

56) Staub/Hüffer, HGB, § 15 Rz.16

57) Dazu ausführlich: Mossler, Die Rechtsscheinhaftung im Handelsrecht

58) Canaris, Vertrauenshaftung, S.151

Tatsachen, die nur eintragungsfähig, aber nicht anmeldepflichtig sind⁵⁹⁾, fallen nicht unter § 15 Abs.1 HGB⁶⁰⁾. Diese Beschränkung läßt sich insbesondere damit begründen, daß das Gesetz bei eintragungsfähigen Tatsachen jeweils besonders geregelt hat, welche Wirkung einer Eintragung zukommen soll (vgl. namentlich §§ 25 Abs.2, 28 Abs.2 HGB)⁶¹⁾. Die Anwendung von § 15 Abs.1 HGB ist ferner bei den von Amts wegen einzutragenden Konkurs- und Vergleichsvermerken ausgeschlossen, da die Gewährung registerrechtlichen Vertrauensschutzes dem Zweck dieser Verfahren widerspräche (§ 32 S.4 HGB; §§ 23 Abs.2 S.3, 98 Abs.3 VerglO).

§ 15 Abs.1 HGB setzt aber auch eine bekanntzumachende Tatsache voraus; denn die Rechtsfolge des Vertrauensschutzes kann nur eintreten, wenn Eintragung oder Bekanntmachung fehlen⁶²⁾.

Nicht von Bedeutung ist dagegen, ob die Eintragungen deklaratorische oder konstitutive Wirkung haben⁶³⁾. - Eine rechtsbekundende (deklaratorische) Bedeutung kommt der Eintra-

59) Siehe oben: C I 2 b aa (4)

60) Heute h.M.: BGHZ 55, 267 (273); OLG Frankfurt, BB 1973, 677; v. Gierke/Sandrock, a.a.O. § 11 III 2 b; K. Schmidt, § 14 II 2a und JuS 1977, 213; Staub/Hüffer, HGB, § 15 Rz.16; Hofmann, JA 1980, 265 und 268. Früher wurde vielfach vertreten, daß auch eintragungsfähige Tatsachen "einzutragende" seien; vgl. Adler, a.a.O. S.40; v. Gierke, Handwörterbuch, III, S.134; v. Zanthier, a.a.O. S.33 f.

61) Ebenso: Staub/Hüffer, HGB, § 15 Rz.16; v. Gierke/Sandrock, a.a.O., § 11 III 2 b

62) BGHZ 55, 267 (273); K. Schmidt, JuS 1977, 213; v. Gierke/Sandrock, a.a.O., § 11 III 2 b (S.150); Hofmann, JA 1980, 167; v. Zanthier, a.a.O., S.34 f.; Baumbach/Duden/Hopt, HGB, § 15 Anm. 2 B; a.A.: Adler, a.a.O., S.40

63) H.M.; siehe: K. Schmidt, JuS 1977, 213; Ehrenberg, IJb 47, 308

gung zu, wenn die vorgesehene Rechtsfolge nur an bestimmte tatsächliche Voraussetzungen oder rechtsgeschäftliche Regelungen, nicht aber an die Eintragung ins Handelsregister anknüpft, wie zum Beispiel die Eintragung eines "Muß-kaufmann" (§ 1 HGB), die Erteilung oder das Erlöschen der Prokura (§ 53 HGB), aber auch der Eintritt oder das Ausscheiden eines Gesellschafters (§§ 107, 143 HGB)⁶⁴⁾. Dagegen wirkt eine Eintragung rechtsbegründend (konstitutiv), wenn außer dem Vorliegen bestimmter tatsächlicher oder rechtsgeschäftlicher Voraussetzungen auch deren Verlautbarung durch das Handelsregister erforderlich ist, um bestimmte Rechtsfolgen zu begründen⁶⁵⁾: Eintragung eines "Soll-" oder "Kann-" Kaufmanns (§§ 2, 3 Abs.2 und Abs.3 HGB), Entstehung von Aktiengesellschaft und GmbH als juristische Personen (§ 41 Abs.1 AktG, § 11 GmbHG)⁶⁶⁾.

Konstitutive Wirkung heißt allerdings, daß die anzumeldende Rechtsänderung vor der Eintragung jedenfalls keine Außenwirkung entfaltet. Zwar hat § 15 Abs.1 HGB seinem Wortlaut nach zunächst solche einzutragenden Tatsachen im Auge, die schon vor der Eintragung rechtlich existieren. Dort liegt auch sein praktisches Schwerkraft⁶⁷⁾. Tatsachen, die erst mit der Eintragung existent werden, sind jedoch sogar in verstärktem Maße eintragungsbedürftig. Die Bedeutung des § 15 Abs.1 HGB reduziert sich aber insoweit auf diejenigen Fälle, in denen die Eintragung zwar erfolgt, aber noch nicht bekanntgemacht ist.

64) Erläuternd dazu: Staub/Hüffer, HGB, § 8, Rz. 79

65) Keim, a.a.O., S.23; Hirsch, Handelsrecht, § 11 V 2; Thöne, a.a.O., S.54

66) Dazu ausführlich: Thöne, a.a.O., S.56 ff.

67) Baumbach/Duden/hopt, HGB, § 15 Anm. 2 B; Hirsch, a.a.O., § 11 V 1; auch schon früher: Geiler, LZ 1907, 891

Im Ausgangsfall sind sowohl das Ausscheiden des Gesellschafters B aus der KG als auch die Änderung hinsichtlich der Vertretungsverhältnisse eintragungspflichtig (vgl. §§ 143 Abs.2 iVm. Abs.1, 125 Abs.4 HGB). Beide haben jedoch nur deklaratorische Bedeutung: Die Gesellschafterstellung des B endete mit der Einigung sämtlicher Gesellschafter über sein Ausscheiden. Mit seinem Ausscheiden wandelte sich die Gesamtvertretungsmacht von A und B in eine Alleinvertretungsmacht des verbliebenen einzigen Komplementärs A um.

Die Feststellung der Eintragungspflicht besagt jedoch noch nichts über die Anwendbarkeit des § 15 Abs.1 HGB im konkreten Fall, wo sich der Dritte bezüglich einer Tatsache, nämlich der Zugehörigkeit des B zur KG, auf das Handelsregister beruft. Es müßten zunächst einmal die weiteren Voraussetzungen des § 15 Abs. 1 HGB bezüglich dieser Tatsache vorgelegen haben.

- (2) Die Registerpublizität nach § 15 Abs.1 HGB ist als besondere Form des Vertrauensschutzes dadurch gekennzeichnet, daß - verglichen mit den allgemeinen Grundsätzen der Vertrauenshaftung - nicht der volle Haftungstatbestand verwirklicht sein muß: Der Unternehmer muß für den entstandenen Rechtsschein gemäß § 15 Abs.1 HGB auch dann einstehen, wenn er ihn nicht veranlaßt hat oder ihm die Veranlassung nicht zugerechnet werden kann (sog. reines Rechtsscheinprinzip)⁶⁸⁾. Zweck der Geltung dieses Prinzips ist das Erfordernis einer

68) H.M.: Westermann, JuS 1963, S. 1 und 6; v. Gierke/Sandrock, a.a.O., § 11 III 2 b; zu den übrigen Zurechnungsprinzipien (Veranlassungs-, Verschuldens- und Risikoprinzip) siehe: Mossler, a.a.O., S. 39-52.

starken Sicherung des Rechtsverkehrs⁶⁹⁾.

Nach überwiegender Meinung⁷⁰⁾ ist § 15 Abs.1 HGB auch zu Lasten nicht vollgeschäftsfähiger Personen anzuwenden. Weil es auf die Veranlassung nicht ankommt, ist auch die Zurechenbarkeit entbehrlich⁷¹⁾, und Minderjährigenschutz geht hier nicht vor Verkehrsschutz, weil auch der Minderjährige das Organisationsrisiko nicht auf den Rechtsverkehr verlagern darf.

Auch Fehler des Registerrichters schließen die negative Publizität nicht aus. Diese strenge Regelung findet ihre Rechtfertigung wiederum in dem Risikogedanken und der Überlegung, daß wohl der Anmeldende, nicht aber der Dritte Einfluß auf das registergerichtliche Verfahren nehmen kann⁷²⁾.

Durch den Verzicht auf Veranlassung und Zurechenbarkeit wird das Risiko falscher oder unterlassener Eintragung eindeutig auf den Eintragungspflichtigen verlagert. Damit wird andererseits der sich auf § 15 Abs.1 HGB berufende Dritte erheblich geschützt.

69) Westermann JuS 1963, 6

70) Staub/Hüffer, HGB, § 15 Rz.22; Nitschke, JuS 1968, 541; K. Schmidt, JuS 1977, 209, 214; Westermann, JuS 1963, 1 und 7; Brox, a.a.O., Rz. 132; Harms, Handels- und WP-Recht, S.72.
A.A.: Hofmann, Handelsrecht, C V 4b und JA 1980, 270 f.; Gross, a.a.O., S.102; Würdinger in GroßKommHGB, § 15 Anm. 25.
Differenzierend - § 15 I u. II HGB auch bei mangelnder Geschäftsfähigkeit, § 15 III HGB aber nicht - : Baumbach/Duden/Hopt, HGB, § 15 Anm.2 C; Canaris, Vertrauenshaftung, S.166; v. Olshausen, BB 1970, 142 f.; Hadding, JuS 1977, 318; v. Gierke/Sandrock, a.a.O., § 11 III 2 b (S.151) und 3 c (S.155)

71) Nitschke, JuS 1968, 541

72) Staub/Hüffer, HGB, § 15 Rz.22;
Im Übrigen kann ggf. Regreß aus Amtspflichtverletzung (§ 839 iVm. Art. 34 GG) genommen werden, vgl. v. Gierke/Sandrock, a.a.O., S.155

Demzufolge ist fraglich, ob die Auffassung Tiedtkes⁷³⁾, daß in dem besprochenen Fall der ausgeschiedenen Gesellschafter nicht hinreichend geschützt werde, in Anbetracht der soeben erläuterten Risikoverlagerung auf den Eintragungspflichtigen zum Schutze des Dritten den richtigen Ansatzpunkt für eine Kritik an der "Rosinentheorie" darstellt.

Das Gesetz hat bei § 15 Abs.1 HGB, sobald die objektiven und subjektiven Voraussetzungen vorliegen, zunächst nur den Schutz der Interessen des Rechtsverkehrs und damit den Schutz des sich auf das Handelsregister berufenden Dritten im Auge und nicht denjenigen des Eintragungspflichtigen⁷⁴⁾. Derjenige, der es versäumt, sich rechtzeitig um die inhaltliche Übereinstimmung des Handelsregisters mit der wahren Sachlage zu kümmern, muß demnach grundsätzlich die daraus folgenden Nachteile tragen. Der Eintragungspflichtige muß so lange mit einer Inanspruchnahme rechnen, wie er den materiell unrichtigen Registerinhalt nicht berichtigen läßt. Er soll daher durch § 15 Abs.1 HGB gerade nicht geschützt werden.

- Davon ist aber die Frage zu unterscheiden, ob der Dritte (zum Nachteil des Eintragungspflichtigen), der sich auf den Handelsregisterinhalt beruft, besser gestellt werden darf, als er stünde, wenn die nicht eingetragene Tatsache nicht eingetragen wäre⁷⁵⁾. Hier ist nicht auf die Benachteiligung des Eintragungspflichtigen abzustellen, sondern zunächst nur auf die Stellung des Dritten und die Grenzen

73) Tiedtke, DB 1979, 247

74) So auch: Schlegelberger/Hildebrandt/
Steckhan, HGB, § 15 Rz. 9

75) Tiedtke, a.a.O. S. 247

des zu seinem Schutz gedachten Wahlrechts im Rahmen des § 15 Abs.1 HGB, und zwar in Anbetracht der konkreten Schutzwürdigkeit und Schutzbedürftigkeit des Dritten.

(3) Der Dritte muß schutzwürdig sein.

Schutzwürdig ist er nach überkommener Meinung dann, wenn er von der geänderten Tatsache keine Kenntnis hatte. § 15 Abs.1 HGB stellt insoweit eine widerlegbare Vermutung auf, was daraus folgt, daß der Gegenbeweis zugelassen wird⁷⁶⁾. Erst der Beweis der Kenntnis schließt das Vertrauen auf den Zustand vor der Veränderung aus.

Anderer Ansicht sind Schlegelberger/Hildebrandt/Steckhan⁷⁷⁾: Das Gesetz enthalte eine Fiktion, daß der früher bestehende Rechtszustand fort-dauert bis Eintragung und Bekanntmachung erfolgt sind. Berufe sich der Dritte über § 15 Abs.1 HGB auf diese Fiktion, so berufe er sich "auf die bisherige Sachlage ... und nicht auf deren Verlautbarung im Handelsregister"⁷⁸⁾.

Diese Auffassung wird zu Recht unter Hinweis auf die prozeßrechtliche Herkunft und den Wortlaut der Vorschrift abgelehnt⁷⁹⁾. Die Qualifizierung als Fiktion bedeutet außerdem, daß man von einer nicht vorhandenen Tatsache ausgeht. Gegenüber dem gesetzestechnischen Mittel der Fiktion gibt es aber keinen Gegen-

76) So: John, ZHR 140, 241; Richert, NJW 1959, 1805; Hadding, JuS 1977, 317; Staub/Hüffer, HGB, § 15 Rz.23; Baumbach/Duden/Hopt, HGB, § 15 Anm. 2 D; auch schon früher: v. Zanthier, a.a.O., S. 43 f.

77) Schlegelberger/Hildebrandt/Steckhan, HGB, § 15 Rz.11

78) Schlegelberger/Hildebrandt/Steckhan, a.a.O.

79) Staub/Hüffer, HGB, § 15 Rz.23; Richert, NJW 1959, 1806

beweis. Letzteren läßt § 15 Abs.1 HGB jedoch zu⁸⁰⁾. Daher ist hier korrekterweise von einer Vermutung zu sprechen⁸¹⁾.

Nur positive Kenntnis schließt die negative Publizität aus, so daß die Tatsache auch ohne Eintragung und Bekanntmachung gegen den Dritten wirkt. Kennenmüssen genügt nicht⁸²⁾, weil der Dritte nicht zu Nachforschungen verpflichtet sein soll; ebensowenig reicht die Kenntnis von Tatsachen, aus denen sich erst die interessierende Tatsache ergibt⁸³⁾. Der Dritte muß sich jedoch die Kenntnis eines Vertreters, der mit eigenem Entscheidungsspielraum handelt, zurechnen lassen⁸⁴⁾.

Im Fall des BGH war es eindeutig so, daß der Dritte von dem Ausscheiden des B keine Kenntnis hatte, daß er insoweit also schutzwürdig war.

- (4) Grundsätzlich wird der Dritte in seinem Vertrauen auf einen bestimmten Rechtsschein geschützt, wenn er den Scheintatbestand kennt und auf Grund dessen in bestimmter Weise rechtsgeschäftlich tätig wird. Die Vorstellung von einem Rechtsverhältnis auf Grund eines äußeren Tatbestandes setzt nämlich notwendigerweise voraus, daß der Betreffende diesen Tatbestand zuvor sinnlich wahrgenommen hat.

§ 15 Abs.1 HGB weicht jedoch insoweit von

80) So: Esser, Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen, S. 76

81) So auch John, ZHR 140, 240 f.

82) RGZ 70, 272 (273); Baumbach/Duden/Hopt, HGB, § 15 Anm. 2 D; Staub/Hüffer, HGB, § 15 Rz. 23

83) Baumbach/Duden/Hopt, HGB, § 15 Anm. 2 D

84) OLG Frankfurt, DB 1976, 93; LG Stuttgart, BB 1977, 413; Baumbach/Duden/Hopt, a.a.O.

den Grundsätzen der Rechtsscheinhaftung ab: Er verlangt nicht, daß der Dritte durch Einsichtnahme oder auf sonstige Weise von dem Registerinhalt Kenntnis erlangt und sein Verhalten nach dieser Kenntnis eingerichtet hat⁸⁵⁾. Ist die Tatsache im Handelsregister nicht eingetragen und hat der Dritte bei Geschäftsabschluß die wirkliche Rechtslage nicht gekannt, so wird im Rahmen des § 15 Abs.1 HGB unwiderlegbar vermutet, daß der Dritte Kenntnis von dem Registerinhalt hatte und sich in seinem Verhalten dadurch bestimmen ließ⁸⁶⁾. Das Vertrauen des Dritten muß also nicht "konkret verursacht" sein⁸⁷⁾.

Daß das Gesetz den Dritten selbst dann schützt, wenn er den Schein des Handelsregisters nicht wahrgenommen hat, mag zunächst befremden. Jedoch wird diese Regelung verständlich, wenn man von der Zweckvorstellung ausgeht, die dem Handelsregister zugrundeliegt: Es soll als Publizitätsmittel dienen. Der Gesetzgeber stellte die Tatsache der Bekanntmachung des Registerinhalts (§ 10 HGB) und des gesetzlich gesicherten Rechts zur Einsichtnahme (§ 9 HGB)

85) RGZ 128, 172 (181); BGHZ 65, 309 (311); Hofmann, JA 1980, 268; K. Schmidt, Handelsrecht § 14 II 2 d und JuS 1977, 214; v. Gierke/Sandrock, a.a.O., § 11 III 2 b (S.152); Ehrenberg IJb 47, 324 f.; Keim, a.a.O., S.76; Theis, Grenzen der Rechtsscheinwirkungen, S.20 f.; Staub/Hüffer, HGB, § 15 Rz.24; Schlegelberger/Hildebrandt/Steckhan, HGB, § 15 Rz.10; Baumbach/Duden/Hopt, HGB, § 15 Anm. 2) F.; mit anderer Begründung als die h.M.: Canaris, Vertrauenshaftung, S.507 f.

86) H.M.: RGZ 40, 146; 50, 428 (431); 70, 272 (273); 125, 228 (229); Staub/Hüffer, HGB, § 15 Rz.25; Bandasch/Nickel, HGB, § 15 Rz.14; a.A. Canaris, Vertrauenshaftung, S.516, der für die Kausalität nur eine Umkehr der Beweislast annimmt.

87) Hadding, JuS 1977, 318.

mit Absicht der tatsächlichen Kenntnis gleich, um einen festen Boden zu schaffen. Ob irgendwelche Vorstellungen tatsächlich vorhanden sind oder nicht und ob sie für die Vornahme der betreffenden Rechtsgeschäfte auch noch kausal sind, kann bei dem Einzelnen niemals nachgeprüft werden.

Das innere, subjektive Tatbestandsmerkmal ist lediglich durch ein äußeres, objektives ersetzt. Der subjektive Tatbestand ist "objektiviert": Die Frage des Kennens eines Eintrags und der entsprechenden Rechtslage ist in die Frage verlegt: Ist die Tatsache eingetragen und bekanntgemacht? Durch § 15 Abs.1 HGB soll nicht Vertrauensschutz ohne Vertrauen gewährt werden. Aber die Anforderungen daran, wann Vertrauen anzunehmen ist, sind im Interesse eines gesteigerten Verkehrsschutzes auf ein Minimum reduziert⁸⁸⁾.

Das Handelsregister soll eine Informationsgrundlage bieten. Es wäre jedoch eine Zumutung, wenn Dritte vor jedem Geschäftsabschluß mit einem Vollkaufmann Einsicht in das Handelsregister nehmen müßten, um sich aktuelle Informationen über das Unternehmen zu verschaffen⁸⁹⁾. Allein dieser Umstand könnte Geschäfte zwischen räumlich entfernten Unternehmen behindern und so das Marktverhalten stark beeinträchtigen.

88) So auch: Staub/Hüffer, HGB, § 15 Rz.25

89) Für einen ähnlichen Fall siehe die Entscheidung RGZ 128, 181 f.

§ 15 Abs.1 HGB ist aber eine Vorschrift, die dem Dritten dienen und ihn schützen soll. Deshalb hat man auf das Erfordernis der Einsichtnahme verzichtet.

In diesem Sinn hat sich auch der BGH⁹⁰⁾ geäußert indem er das Urteil des OLG Frankfurt aus der Vorinstanz kritisierte. Dieses hatte, wie das Landgericht Hannover⁹¹⁾, eine Gesamtwürdigung des Registerinhalts für richtig befunden. Der BGH führt aus⁹²⁾:

"Dem Standpunkt der Revision liegt offenbar die Vorstellung zugrunde, demjenigen, der sich auf die Nichteintragung einer bestimmten Tatsache berufe, könne bei der Einsicht in das Handelsregister dessen sonstiger Inhalt nicht verborgen geblieben sein, weswegen er sich die Kenntnis des gesamten Registerinhalts zurechnen lassen müsse. Diese Beurteilung geht jedoch von falschen Voraussetzungen aus. § 15 Abs. 1 HGB schützt zwar im Ausgangspunkt das Vertrauen an die Richtigkeit der in Form des Handelsregisters geschaffenen öffentlichen Informationsgrundlage über die Verhältnisse einer Handelsfirma. Dieser Vertrauensschutz setzt jedoch nicht voraus, daß derjenige, der sich auf das Handelsregister beruft, es tatsächlich eingesehen hat; vielmehr läßt das Gesetz bereits die dem Geschäftsverkehr ganz allgemein gegebene Möglichkeit, sich anhand des Registers zu informieren, als Grundlage für den erwähnten Vertrauensschutz ausreichen."

Um zu verdeutlichen, daß es auf Kenntnis und Kausalität im konkreten Fall nicht ankommt, wird häufig von einem "typisierten"⁹³⁾, "formalisierten"⁹⁴⁾, "generalisierten"⁹⁵⁾ oder "abstrakten"⁹⁶⁾ Vertrauensschutz gesprochen.

90) BGHZ 65, 309 (311)

91) LG Hannover, MDR 1950, 488

92) BGHZ 65, 311

93) John, ZHR 140, 239 f.; Staub/ Hüffer, HGB, § 15 Rz.1; Bendasch/ Nickel, HGB, §15 Rz.14

94) Hübner, Handelsrecht, Rz.38 ff.

95) Hofmann, JA 1980, 268

96) K. Schmidt, Handelsrecht, § 14 II 2 b), S.302

Wendet man diese Grundsätze auf die vorliegende Fallkonstellation an, so bedeutet dies, daß der aus der KG ausgeschiedene B, dessen Ausscheiden nicht im Handelsregister eingetragen ist, dem Dritten X nicht entgegenhalten kann, die Zusammensetzung der KG sei diesem unbekannt und damit für seine EntschlieÙung gleichgültig gewesen⁹⁷⁾. Das läÙt sich auch auf die zweite relevante Tatsache, die Vertretungsregelung innerhalb der KG, übertragen: Auch hier könnte B dem Dritten nicht vorwerfen, die Form der Vertretung sei X unbekannt und daher gleichgültig gewesen.

Fraglich ist jedoch, ob sich eine unterschiedliche Geltendmachung der beiden Tatsachen rechtfertigen läÙt. Bezüglich der Vertretungsregelung will sich X so behandelt wissen, als habe er die tatsächliche Lage gekannt; bezüglich der Gesellschaftereigenschaft des B macht er dagegen den Scheintatbestand des Handelsregisters geltend und möchte so behandelt werden, als habe er von der wirklichen Sachlage nichts gewußt.

Nach John⁹⁸⁾ ist dies mit dem Vertrauensschutzgedanken des § 15 Abs.1 HGB nicht vereinbar. John trägt vor, zwar sei für die Haftung nach § 15 Abs.1 HGB als Vertrauenstatbestand nicht Voraussetzung, daß der Dritte Einsicht in das Handelsregister genommen habe. Jedoch unterstelle § 15 HGB, daß der Dritte Einsicht in das Handelsregister genommen habe und sich auf die Eintragungen verlasse. Man könne dann für den Dritten nicht mehr tun, als eben den ganzen Registerinhalt als Vertrauenstatbestand

97) So für einen ähnlichen Fall: RGZ 128, 172 (181 f.)

98) John, ZHR 140 (1976), 236 (254)

zugrunde zu legen - einschließlich derjenigen Gegebenheiten, die gegen eine Gültigkeit des Vertrages zwischen der Gesellschaft und dem Dritten dem B gegenüber sprechen⁹⁹⁾. Zu dem Ergebnis des BGH könne man deshalb nur gelangen, wenn man den Ausgangspunkt des Vertrauensschutzes als Funktion des Handelsregisters verlasse.

Karsten Schmidt¹⁰⁰⁾ hält John entgegen, es sei zu berücksichtigen, aus wessen Perspektive man den Vertrauensschutz zu sehen habe, aus derjenigen des Verkehrs oder aus derjenigen des Eintragungspflichtigen.

"Kommt es darauf an, ob ein Dritter (hätte er in das Register geblickt) auf den Registerinhalt vertraut hätte, oder kommt es darauf an, ob der Eintragungspflichtige Anlaß hatte, den Verkehr durch Eintragung und Bekanntmachung zu warnen? Dem Gesetz entspricht die zweite Antwort. ... § 15 Abs.1 und 2 HGB ist vom Eintragungspflichtigen her gedacht: Er soll sich auf die richtige Eintragung und Bekanntmachung berufen können (§ 15 Abs.2 HGB), und er soll das Risiko der Vertrauenshaftung durch richtige Eintragung und Bekanntmachung von sich abwehren, sobald im Verkehrsinteresse Anlaß hierzu besteht."¹⁰¹⁾

Diese Begründung mag zwar für § 15 Abs.2 HGB zutreffen, auf den sich der Eintragungspflichtige gegenüber dem Dritten berufen kann. Sie paßt aber für § 15 Abs.1 HGB nicht. Denn es ist eindeutig so, daß sich nicht der Eintragungspflichtige, sondern nur der Dritte auf diese Vorschrift berufen kann, da sie - außer bei Kenntnis - zu seinen Gunsten wirkt. Demnach ist der Vertrauensschutz primär aus der Perspektive des Dritten zu beurteilen. Die Argumentation Schmidts gegen John überzeugt daher nicht.

99) John, ZHR 140, 254

100) K. Schmidt, Handelsrecht, § 14 II 2 b (S. 302)

101) K. Schmidt, a.a.O., S. 302

Dem Ansatzpunkt Johns¹⁰²⁾ ist m.E. grundsätzlich zuzustimmen: Die Anforderungen für die Annahme eines schützenswerten Vertrauenstatbestandes beim Dritten sind - wie soeben gezeigt wurde - aufgrund der gesetzlichen Regelung des § 15 Abs.1 HGB und der Rechtsprechung auf ein Minimum reduziert: Es wird widerlegbar vermutet, daß der Dritte die wirkliche Rechtslage nicht kannte, und sogar unwiderlegbar vermutet, daß er von dem Scheintatbestand Kenntnis hatte und dieser kausal für sein rechtsgeschäftliches Handeln war. Der Dritte wird demnach, gleichgültig, ob er die Handelsregistereintragungen kannte oder nicht, so behandelt, als ob er in das Handelsregister eingesehen hätte. Damit soll er weitestgehend geschützt werden.

Andererseits bezweckt § 15 Abs.1 HGB aber einen Vertrauensschutz. Der BGH¹⁰³⁾ und Karsten Schmidt¹⁰⁴⁾ dehnen die Möglichkeiten des Dritten, sich auf sein Vertrauen zu berufen, auf das Äußerste aus: Der Dritte soll sich anscheinend auch so behandeln lassen können, als ob er das Handelsregister "nur teilweise eingesehen" hätte. Ob diese Konsequenz mit dem Sinn und Zweck einer Vertrauenshaftung vereinbar ist, erscheint fraglich. Tatsächlich ist es doch so, daß Eintragungen im Register häufig räumlich dicht hintereinander stehen, so daß man, wenn man das Register tatsächlich einsieht, nicht nur von der einen oder anderen Eintragung Kenntnis erlangt. In einem solchen Fall wäre sogar derjenige, der sich vor Geschäftsabschluß über den Handelsregisterinhalt vergewissert hat, gegenüber einem anderen, der

102) John, ZHR 140, S. 239 f.

103) BGHZ 65, 311

104) K. Schmidt, Handelsrecht, § 14 II 2 b), S. 302

das Handelsregister nicht eingesehen hat, im Nachteil, auch wenn im übrigen bezüglich beider alle Voraussetzungen eines Vertrauenstatbestandes gleichermaßen vorlägen. Eine Ungleichbehandlung zu Lasten des Gewissenhaften kann von § 15 Abs. 1 HGB aber nicht gewollt sein. Auch wäre es etwas überspitzt, wollte man dem Gericht aufgeben, im Einzelfall zu überprüfen, in welchem räumlichen Abstand voneinander Tatsachen im Handelsregister eingetragen sind.

Die soeben geschilderte Problematik könnte somit dafür sprechen, generell den gesamten Handelsregisterinhalt als Scheintatbestand zugrunde zu legen oder es bei der Beurteilung des Umfangs der Kenntnis vom Scheintatbestand unberücksichtigt zu lassen, ob der betreffende Dritte das Register eingesehen hat oder nicht.

Andererseits ist aber denkbar, daß verschiedene Eintragungen auf unterschiedlichen Blättern des Handelsregisters verzeichnet sind. In diesem Fall ist es durchaus möglich, daß ein das Register Einsehender nur einen Teil der Eintragungen liest und sich später auch nur auf diese beruft, während er im übrigen die wahre Rechtslage gelten lassen will. In diesem Fall würde ein Vertrauenstatbestand wegen der tatsächlichen Anknüpfungspunkte bejaht werden müssen. Berücksichtigt man diese besondere Fallkonstellation, dann kann nicht generell gelten, daß immer der Inhalt des H Handelsregisters insgesamt zugrundegelegt werden muß. Es ist vielmehr auf den Einzelfall abzustellen und zu prüfen, ob dem Dritten ein Vertrauensschutz gewährt werden kann oder muß angesichts der konkreten Umstände und der möglichen Rechtsfolgen einer nur teilweisen Berücksichtigung der Eintragungen - wie später noch gezeigt wird ¹⁰⁵⁾.

105) Siehe unten: S. 65 ff., 117 ff.

- (5) Geltung des § 15 Abs.1 HGB im Rechtsverkehr, Geschäftsverkehr und Unrechtsverkehr

Man ist sich in Rechtsprechung und Literatur darüber einig, daß § 15 Abs.1 HGB bei rechtsgeschäftlichen Handlungen Anwendung findet. Denn wenn schon im bürgerlichen Recht der gute Glaube an einen Publizitätstatbestand bei rechtsgeschäftlichen Vorgängen geschützt wird (vgl. §§ 135 Abs.2, 161 Abs.3, 170- 173, 405, 409, 892, 932, 1208 BGB), so muß das auch im Handelsrecht gelten, wo die Beziehungen zwischen einem Kaufmann und seinen Kunden, Geschäftspartnern und Wettbewerbern ungleich vielfältiger sind.

Uneinigkeit herrscht dagegen bei der Frage, ob und in wieweit der in § 15 Abs.1 HGB angeordnete Schutz des Vertrauens auf das Schweigen des Handelsregisters auch dann zu gewähren ist, wenn es sich um Vorgänge nicht rechtsgeschäftlicher Art handelt.

§ 15 Abs.4 HGB, der auf die übrigen Abschnitte des § 15 HGB Bezug nimmt, spricht von dem "Geschäftsverkehr" mit einer Zweigniederlassung. Was aber bei einer Filiale gilt, muß ebenso für die Beziehungen zu einer Hauptniederlassung maßgebend sein. § 15 HGB soll also der Sicherung des geschäftlichen Verkehrs dienen.

Zwar wird in den registerrechtlichen Vorschriften des BGB, die man als Parallelen zu § 15 HGB ansehen kann, - in § 68 BGB für das Vereinsregister, in § 1412 BGB für das Güterrechtsregister - ein redlicher Dritter nur bei Rechtsgeschäften geschützt. Jedoch können daraus nicht ohne weiteres Rückschlüsse auf die Aus-

legung einer handelsrechtlichen Vorschrift gezogen werden. Wie schon gesagt wurde, sind die Beziehungen zwischen einem Kaufmann und Dritten ungleich vielfältiger als die rechtlichen Berührungen, in die ein Verein oder ein Ehegatte mit Dritten treten. Außer der Vornahme von Rechtsgeschäften gehören zur Betätigung eines Kaufmanns auch tatsächliche Handlungen wie Werbung, Unterhaltung und Betrieb von Anlagen und ähnliches mehr¹⁰⁶⁾. Außerdem wendet sich der Kaufmann mit seiner Tätigkeit an einen unbestimmten Kreis von Personen. Diese die Stellung des Kaufmanns bestimmenden Merkmale waren ein wesentlicher Grund dafür, überhaupt ein Sonderprivatrecht für ihn zu schaffen¹⁰⁷⁾. So umfaßt denn auch der Begriff des Handelsgeschäfts im Sinne des § 343 HGB nicht nur rechtsgeschäftliche, sondern auch alle tatsächlichen Maßnahmen, die ein Kaufmann im Rahmen seines Handelsgewerbes vornimmt¹⁰⁸⁾. Es erscheint daher nur folgerichtig, auch den Ausdruck Geschäftsverkehr im Sinne des § 15 HGB weit auszulegen und darunter nicht nur rechtsgeschäftliche oder rechtsgeschäftsähnliche, sondern auch sonstige rechtlich erhebliche Beziehungen zu fassen, die ein Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes mit Dritten aufnimmt¹⁰⁹⁾.

Ein Teil der Literatur¹¹⁰⁾ hält es dementsprechend für ausreichend, wenn die entstandene Verpflichtung mit dem Geschäftsverkehr

106) Weitere Beispiele bei Ballerstedt, JuS 1965, 274

107) Vgl. Brox, Handelsrecht, Rz. 276

108) Baumbach/Duden/Hopt, HGB, § 343 Anm. 1) A; Hübner, Handelsrecht, § 6 I 2 und 3

109) So auch: Staub/Hüffer, HGB, § 15 Rz.13; Ballerstedt, JuS 1965, 274

110) Staub/Hüffer, HGB, § 15 Rz.13; Baumbach/Duden/Hopt, HGB, § 15 Anm. 2 E; Düringer/Hachenburg/Hoeniger, HGB, § 15 Anm. 4

in einem "inneren Zusammenhang" steht. § 15 HGB greife auch bei Ansprüchen aus unerlaubter Handlung oder ungerechtfertigter Bereicherung ein, sofern ein Zusammenhang mit geschäftlichen Beziehungen vorliege, die der Dritte mit dem Kaufmann aufgenommen habe. Es schieden daher Verbindlichkeiten aus, die aus der Teilnahme am allgemeinen Verkehr resultierten¹¹¹⁾ oder Steuerschulden seien¹¹²⁾. Die Befürworter dieser weiten Auslegung des § 15 HGB erörtern jedoch nicht näher, welcher Art der Zusammenhang mit den Geschäftsbeziehungen sein muß.

Es kann aber nicht genügen, daß die geschäftliche Beziehung lediglich eine *conditio sine qua non* innerhalb des zur Entstehung des Anspruchs führenden Tatsachenverlaufs darstellt. Nimmt beispielsweise ein Kaufmann aus Gefälligkeit einen Dritten, den er geraume Zeit vorher bei einem gemeinsamen Geschäft kennengelernt hat, in seinem Fahrzeug mit und verunglückt beide, so kann § 15 HGB zugunsten des Dritten keine Anwendung finden. Nimmt er den Kaufmann auf Schadensersatz in Anspruch, so darf er sich nicht mehr auf die frühere Geschäftsbeziehung berufen dürfen, die bereits beendet war. Das gleiche müßte für einen Bereicherungsanspruch gelten, wenn bei der Zahlung einer Nichtschuld die irrige Vorstellung des Dritten mitgespielt haben würde, aufgrund der bestehenden geschäftlichen Beziehungen dazu verpflichtet zu sein.

Andererseits darf man auch das Erfordernis eines adäquat kausalen Zusammenhangs zwischen der Unkenntnis der fraglichen Tatsache und der Entstehung des Anspruchs nicht als Abgren-

111) H.M. seit RGZ 93, 238: Verkehrsunfall

112) Vgl. auch: BFH, NJW 1978, 1944 = WM 1978, 1215

zungskriterium verwerten. Denn auf das konkrete Vertrauen des Dritten kommt es nicht an. § 15 HGB setzt nur ein abstraktes Vertrauen voraus.

Und eben darauf beruft sich ein anderer Teil der Literatur¹¹³⁾: Allein maßgebend sei, daß der Dritte vertrauen durfte. Dies setze aber voraus, daß das Vertrauendürfen für sein Verhalten von Bedeutung sein konnte¹¹⁴⁾.

Das Handelsregister solle öffentliches Vertrauen ermöglichen und schützen. Man könne Vertrauen aber nur dann in Anspruch nehmen, wenn Ansprüche willentlich, d.h. rechtsgeschäftlich begründet würden. Daran fehle es, wenn Ansprüche auf Grund Gesetzes, also ohne Zutun der Parteien entstünden. Wo zuvor keiner dem anderen Vertrauen erwiesen habe, könne auch keine Publizitätswirkung eingreifen¹¹⁵⁾. § 15 Abs.1 HGB gelte daher tyischerweise nur für rechtsgeschäftliche, nicht dagegen für gesetzlich begründete Ansprüche. Anders formuliert: § 15 Abs.1 HGB finde nur im sog. Rechts- und Prozeßverkehr, aber nicht im sog. Unrechtsverkehr Anwendung¹¹⁶⁾.

Gesetzliche Ansprüche könnten nur dann unter § 15 HGB fallen, wenn ihrer Entstehung die Gewährung von Vertrauen vorausgehe¹¹⁷⁾. Demnach wäre erforderlich, daß das Verhalten

113) K. Schmidt, Handelsrecht, § 14 II 3 (S.305) v. Gierke/Sandrock, a.a.O., § 11 III 2 b; Ballerstedt, JuS 1965, 274

114) Ballerstedt, JuS 1965, 274

115) In diesem Sinne: K. Schmidt, a.a.O., § 14 II 3 (S. 305); v. Gierke/Sandrock, a.a.O., § 11 III 2 b

116) So: v. Gierke/Sandrock, a.a.O., § 11 III 2b Diese Regelung gilt nach h.M. beim Güterrechtsregister; vgl. Beitzke, Familienrecht, § 13 V 4; Erman/Heckelmann, BGB, § 1412, Rz. 5

117) V. Gierke/Sandrock, a.a.O., S.151

des Dritten von geschäftlichen Überlegungen geleitet war, für welche die Unkenntnis der eintragungspflichtigen Tatsache erheblich sein konnte¹¹⁸⁾. Dies rechtfertigt die Anwendung des § 15 Abs.1 HGB bei Ansprüchen aus culpa in contrahendo oder bei Bereicherungsansprüchen wegen Wegfalls des rechtlichen Grundes oder wegen Nichteintritts des bezweckten Erfolgs im Rahmen einer geschäftlichen Beziehung, ferner bei Schadensersatzansprüchen aus Wettbewerbsverstößen in solchen Fällen, in denen die Sittenwidrigkeit des Geschäftsgebahrens sich aus der näheren Beziehung ergibt, die der verletzte Dritte zu dem Kaufmann aufgenommen hatte.

Dieser Auffassung ist zuzustimmen. § 15 HGB soll Vertrauen schützen, wenngleich nur abstrakt, das von dem Dritten im Geschäftsverkehr aufgebracht wird. Die damit gegebene Möglichkeit, konkret zu vertrauen, würde aber ausgeschaltet, wollte man dem Dritten bei jedwedem Anspruch Vertrauensschutz gewähren. Daher ist in allen Fällen, in denen eine Anwendung des § 15 Abs.1 HGB in Betracht gezogen wird - auch dort, wo die "Rosinentheorie" Platz greifen könnte - eine Eingrenzung dahingehend erforderlich, daß der Anspruch einen direkten, vom Willen des Dritten getragenen geschäftlichen Bezug aufweisen muß.

Ein solcher Bezug lag im Ausgangsfall vor, da ein Vertrag über die Lieferung von Waren geschlossen wurde, somit eine willentliche Begründung des Anspruchs in konkretem Zusammenhang mit dem Gesellschaftszweck, dem Betrieb eines Handelsgeschäfts.

118) Ballerstedt, JuS 1965, 278

bb. Die Rechtsfolgen des § 15 Abs.1 HGB

Liegen die Voraussetzungen des § 15 Abs.1 HGB vor, dann kann die vom Handelsregister bzw. von der Bekanntmachung verschwiegene Tatsache einem Dritten nicht "entgegengesetzt" werden. Es tritt also nicht die vermeintliche Rechtslage schlechthin an die Stelle der wirklichen, sondern § 15 Abs.1 HGB begründet einen Einwendungsausschluß bezüglich der Rechtstat-sache¹¹⁹⁾. Das durch Widerruf erfolgte Erlöschen der Prokura, das Ausscheiden als Gesellschaftler etc. darf derjenige, in dessen Angelegenheit die Tatsache einzutragen war, gegenüber dem Dritten, der sich auf § 15 Abs.1 HGB beruft, nicht geltendmachen.

Auf der anderen Seite ist aber dem von der Eintragung Betroffenen durch § 15 Abs.1 HGB die Berufung auf die eingetretene Rechtsänderung gegenüber dem Dritten versagt. Der Dritte hat die Rechtslage ohne Eintragung nur dann gegen sich gelten zu lassen, wenn er die sie herbeiführende Tatsache bzw. die Eintragung vor ihrer Bekanntmachung gekannt hat.

119) Staub/Hüffer, HGB, § 15 Rz. 26

cc. Das Wahlrecht des Dritten

Anstatt sich über § 15 Abs.1 HGB auf den Scheintatbestand zu berufen, kann der Dritte nach ganz herrschender Meinung auch die tatsächliche Rechtslage gelten lassen¹²⁰⁾. Das ist immer dann ratsam, wenn die wirkliche Rechtslage für den Dritten günstig bzw. der Vertrauensschutz über § 15 Abs.1 HGB ungünstig ist. Das Schrifttum spricht von einem Wahlrecht des Dritten¹²¹⁾.

Tritt die materielle Rechtsänderung unabhängig von der Eintragung ein (deklaratorische Wirkung der Eintragung)¹²²⁾, so kann sich der Dritte stets auf die wahre Rechtslage berufen.

Hängt die materielle Rechtsänderung dagegen von dem Vollzug der Eintragung ab (konstitutive Wirkung der Eintragung)¹²³⁾, so kann sich der Dritte auf die für ihn günstige wahre Rechtslage erst berufen, wenn die Tatsache eingetragen ist. Vor der Eintragung entfaltet die anzumeldende Tatsache noch keine Außenwirkung. § 15 Abs.1 HGB kann hier nur von Bedeutung sein, wo die Eintragung zwar erfolgt, aber noch nicht bekanntgemacht ist¹²⁴⁾.

Der Dritte hat also sowohl bei der deklarato-

120) K. Schmidt, a.a.O., § 14 II 4 b; Canaris, Vertrauenshaftung, S.518 ff.; Brox, a.a.O., Rz.117

121) BGH WM 1971, 559; BGHZ 55, 267 (273); 65, 309 f.; Brox, a.a.O., Rz.117; Groß, a.a.O., S.104; Canaris, a.a.O., S.519; Baumbach/Duden/Hopt, HGB, § 15 Anm. 2 C; Schlegelberger/Hildebrandt/Steckhan, HGB, § 15 Rz.16; Staub/Hüffer, HGB, § 15 Rz.26

122) Dazu siehe oben: S. 41 f.

123) Dazu siehe oben: S. 42

124) So schon Ehrenberg, IJb 47, 309

risch als auch bei der konstitutiv wirkenden Eintragung ein Wahlrecht. Er braucht sich die Wirkungen der negativen Publizität nicht aufdrängen zu lassen. Vielmehr kann er auf den Schutz nach § 15 Abs.1 HGB verzichten und sich auf die wahre Rechtslage berufen¹²⁵⁾.

Daß es ein solches Wahlrecht gibt, ist unstrittig. Unklarheit besteht aber über Umfang und Grenzen des Wahlrechts sowie darüber, ob diese wiederum der Vertrauensschutzfunktion des Handelsregisters gerecht werden.

So wurde dem BGH bezüglich der in Frage stehenden Entscheidung¹²⁶⁾ vorgeworfen, er habe über das soeben beschriebene Wahlrecht hinaus dem Dritten das Recht eingeräumt, sowohl Teile der wahren Sachlage als auch Teile der sich aus dem Handelsregister ergebenden scheinbaren Sachlage gleichzeitig geltendmachen zu dürfen, wenn ihm dies günstig sei¹²⁷⁾. Damit habe der BGH dem Dritten mehr erlaubt, als das Wahlrecht des § 15 Abs.1 HGB vorsehe.

Der BGH begründet seine Entscheidung mit den Hinweis auf die Publizität des Handelsregisters als Vertrauensschutz. Er stellt eindeutig die Schutzwürdigkeit des Dritten in den Mittelpunkt seiner Betrachtungen und bejaht diese, weil der Tatbestand des § 15 Abs.1 HGB gegeben sei¹²⁸⁾.

Die im Schrifttum angesiedelten Befürworter der "Rosinentheorie" begründen das Wahlrecht

125) So schon Ehrenberg, IJb 47, 309

126) BGHZ 65, 309

127) John, ZHR 140, 254; Hübner, a.a.O., Rz.38; Tiedtke, DB 1979, 247

128) BGHZ 65, 309 (311)

Dritte die Wahl habe zwischen verschiedenen Rechtsfolgen¹²⁹⁾ - zum einen der Rechtsfolge, die sich aus der tatsächlichen Rechtslage ergebe, oder aber jener, die sich unter Zugrundelegung der durch das Handelsregister verlautbarten Tatsachen ergebe. Die Kombination von Elementen der wirklichen und der scheinbaren Rechtslage ist nach dieser Konzeption durchaus möglich. Für das Entstehen eines Anspruchs sei nur die tatsächliche Rechtslage ausschlaggebend. Erst für die Rechtsfolge, insbesondere die Haftung, werde das Wahlrecht akut. Denn erst dabei könne sich der Dritte entweder auf die wahre Rechtslage berufen oder den Einwendungsausschluß mittels § 15 Abs.1 HGB geltend machen.

Für K. Schmidt und Harms ist die Trennung zwischen dem Entstehen des Anspruchs gegen die Gesellschaft einerseits und der Haftung des Gesellschafters andererseits entscheidend¹³⁰⁾. Im konkreten Fall kann der Dritte danach für die Verbindlichkeit der Gesellschaft von der wahren Rechtslage (Einzelvertretung des A infolge des Ausscheidens des B), für die daraus folgende Haftung des Gesellschafters von der scheinbaren Rechtslage (Fortbestand der Gesellschaftereigenschaft des B) ausgehen.

K. Schmidt¹³¹⁾ kommt zu dem Ergebnis, daß sich nach dieser - auch seiner - Auffassung das Problem des gespaltenen Bewußtseins überhaupt nicht stellt. Zum einen sei kein konkretes Vertrauen des Dritten erforderlich, zum anderen müsse er sich nicht zwischen zwei

129) Harms, Handelsrecht, S. 69; K. Schmidt, Handelsrecht, § 14 II 4 b; Staub/Hüffer, HGB, § 15, Rz.26

130) K. Schmidt, a.a.O., § 14 II 4 b; Harms, a.a.O., S. 69

131) K. Schmidt, a.a.O., § 14 II 4 b

Sachverhalten, sondern nur bezüglich der Rechtsfolge für oder gegen den Vertrauensschutz entscheiden¹³²⁾.

Dagegen zweifelt Hüffer¹³³⁾, der auch von einer Rechtsfolgenwahl ausgeht, offensichtlich an einer problemlosen Vereinbarkeit dieser Konstruktion mit dem Vertrauensschutzgedanken des § 15 HGB. Er hält jedoch die Lösung des BGH "im Ergebnis" für richtig und interessengerecht, "weil sie den Konflikt zwischen der akzessorischen Gesellschafterhaftung und der eine Haftungsbeschränkung bewirkenden Vertretungsregelung zugunsten der Haftung entscheidet"¹³⁴⁾.

Es ist aber sehr zweifelhaft, ob man den Vertrauensschutzgedanken des § 15 Abs.1 HGB so ohne weiteres übergehen kann, indem man der Gesellschafterhaftung gegenüber der Vertretungsregelung den Vorzug gibt.

§ 15 Abs.1 HGB setzt zwar kein aktuelles, konkretes Vertrauen des Dritten voraus. Wie bereits oben¹³⁵⁾ gezeigt wurde, ist nicht erforderlich, daß der Dritte Einsicht in das Handelsregister genommen und von den vorhandenen Eintragungen Kenntnis hat. Jedoch spricht man vom Erfordernis einer abstrakten Vertrauensgrundlage, d.h. maßgebend ist, daß der Dritte vertrauen durfte.

Es müßte also möglich gewesen sein, daß der Dritte (X) auf das Nichtbestehen der nicht eingetragenen Tatsachen vertraute und (auch) infolgedessen das Geschäft abgeschlossen haben könnte.

132) K. Schmidt, Handelsrecht, S. 307

133) Staub/Hüffer, HGB, § 15, Rz. 27

134) Staub/Hüffer, HGB, § 15, Rz. 27

135) S. 49 ff.

Nach Auffassung des BGH¹³⁶⁾ konnte der Dritte X angesichts der Eintragung des B als Gesellschafter im Handelsregister damit rechnen, daß er als solcher neben A für Verbindlichkeiten der Gesellschaft haften würde. Unmittelbar mit der Gesellschafterstellung des B war jedoch die Vertretungsregelung verknüpft, die vorsah, daß nur beide Gesellschafter gemeinsam die KG vertreten durften. Diesbezüglich billigt der BGH jedoch zu, daß sich der Dritte auf die wahre Rechtslage berufen konnte.

Will man bei dem Dritten das Vorliegen eines - wenngleich nur abstrakten - Vertrauenstatbestandes bejahen, so kann man letzteren nicht nur in Bezug auf die Eintragung der Gesellschafterstellung beurteilen. Gesellschaftereigenschaft und Vertretungsregelung stellen zwar zwei selbständige eintragungspflichtige Rechtstatsachen dar, sie sind aber letztendlich beide von ein und derselben Tatsache, nämlich der Gesellschaftszugehörigkeit des B, abhängig und daher in ihrem rechtlichen Schicksal ganz unmittelbar miteinander verknüpft. Die Vertretungsregelung folgt automatisch dem Schicksal der Gesellschafterstellung des B.

In Anbetracht dieses unmittelbaren Zusammenhangs der beiden Tatsachen konnte der Dritte nicht ohne weiteres nur im Vertrauen auf die Gesellschafterstellung des B das Geschäft abschließen. Er mußte sich auch - zumindest abstrakt - Gedanken über die Vertretungsregelung machen. Denn mit der Frage nach der Gesellschaftszugehörigkeit geht die Frage nach den Vertretungsverhältnissen notwendigerweise einher.

136) BGHZ 65, 309 ff.

Der BGH hat bei seinem Urteil zwar die Schutzwirkung des § 15 Abs.1 HGB zugunsten des Dritten als ausschlaggebend zugrundegelegt, jedoch übersehen, daß dafür nicht die notwendigen Voraussetzungen - insbesondere ein ausreichender Vertrauensstatbestand seitens des Dritten - vorlagen. Hübner¹³⁷⁾ spricht mit Recht davon, daß der BGH bei seiner Entscheidung von einem "gespaltenen Bewußtsein" des Dritten ausgehen mußte. Und auch Hüffer¹³⁸⁾ gesteht ein, daß der Gedanke des Vertrauensschutzes die Entscheidung nicht zu tragen vermag, da es kein gespaltenes Bewußtsein gebe.

Wenn die Entscheidung also mit der überkommenen Wertung des § 15 Abs.1 HGB als einer Vertrauensschutznorm nicht mehr vereinbar ist, fragt es sich, ob man den Vertrauensschutz neu und anders definieren muß, indem man die bisher vorhandenen Schranken erweitert, und zwar so, daß der vertrauende Dritte unter Umständen - wie hier - durch die Rechtsscheinhaftung besser gestellt wird, als er vor der eingetretenen Rechtsänderung gestanden hätte.

Ob eine solche erweiternde Definition des Vertrauensschutzes im Rahmen des § 15 Abs.1 HGB zulässig ist, soll anhand einer Auslegung dieser Regelung geprüft werden.

137) Hübner, Handelsrecht, Rz. 38

138) Staub/Hüffer, HGB, § 15 Rz. 27

Zusammenfassung zu I und bisheriges Ergebnis:

1. Die Auslegung des § 15 Abs.1 HGB unter Berücksichtigung der Kontrollfunktion des Handelsregisters und des Bedeutungszusammenhangs mit den §§ 8 bis 12 HGB ergibt, daß Tatsachen im Sinne des § 15 HGB eintragungspflichtige Umstände und Rechtsvorgänge sind. Demzufolge bezieht sich das Wahlrecht des Dritten im Rahmen des § 15 Abs.1 HGB auch auf Tatsachen und nicht auf Sachverhalte, denen entweder wahre oder fiktive Tatbestandsmerkmale zugrundeliegen oder sogar auf Rechtsfolgen.

Der Dritte entscheidet sich grundsätzlich also nur, ob er eine bestimmte eintragungspflichtige Tatsache, die nicht eingetragen ist, gelten lassen will, oder ob er sich, weil dies für ihn eventuell günstiger ist, auf die wahre Rechtslage berufen will. Welche Rechtsfolge sich daraus ergibt, entscheidet das Gericht bei Prüfung der Anspruchsvoraussetzungen.

2. Die Publizitätsfunktion des Handelsregisters hat eine formelle Seite, die Öffentlichkeit, und eine materielle Seite, der in § 15 HGB näher ausgestaltete Vertrauensschutz. Letztere ist die bedeutendste Funktion des Handelsregisters. Sie soll den Schutz des gutgläubigen Rechtsverkehrs im Vertrauen auf die Richtigkeit und Vollständigkeit der Eintragungen und Bekanntmachungen gewährleisten.
3. Der hier einschlägige § 15 Abs.1 HGB ist ein Fall negativer Publizität; er schützt den Dritten, wenn eine eintragungspflichtige Tatsache nicht eingetragen oder nicht bekannt gemacht ist.

Der Einwendungsausschluß gemäß § 15 Abs.1 HGB hat folgende Voraussetzungen:

- a. Es muß für den Dritten aufgrund des Fehlens von Eintragung und/oder Bekanntmachung der Anschein bestehen, die Rechtslage bestünde so fort, wie sie sich aus dem Register ergibt. § 15 Abs.1 HGB setzt demnach eine Tatsache voraus, die einzutragen und bekanntzumachen ist.
 - b. Der Dritte muß schutzwürdig sein. Das ist er dann, wenn er von der geänderten Tatsache keine Kenntnis hatte. Dagegen muß er nicht durch Einsichtnahme oder auf sonstige Weise von dem Registerinhalt Kenntnis erlangt und nach dieser Kenntnis sein Verhalten eingerichtet haben. Im Rahmen des § 15 Abs.1 HGB wird vielmehr, sofern die übrigen Voraussetzungen vorliegen, unwiderlegbar vermutet, daß der Dritte Kenntnis von dem Registerinhalt hatte und sich in seinem Verhalten dadurch bestimmen ließ. Das Vertrauen muß also nicht konkret verursacht sein. Ausreichend ist eine abstrakte Vertrauensgrundlage.
4. Anstatt sich auf § 15 Abs.1 HGB zu berufen, kann der Dritte auch die tatsächliche Rechtslage gelten lassen. Er hat ein Wahlrecht. Unklarheit besteht bisher noch über Umfang und Grenzen dieses Wahlrechts sowie über das Verhältnis von Drittschutz einerseits und Vertrauensschutz andererseits.

Der BGH hat in seiner Entscheidung BGHZ 65, 309 dem Dritten das Recht eingeräumt, zum einen die wahre Rechtslage und zum anderen die sich aus dem Handelsregister ergebende scheinbare Rechtslage gelten zu lassen, wenn zwei eintragungspflichtige Tatsachen nicht

eingetragen sind. Dabei hat der BGH die Schutzwürdigkeit des Dritten in den Mittelpunkt seiner Betrachtungen gestellt. In der Literatur wird diese Entscheidung von denjenigen Autoren unterstützt, die annehmen, daß sich das Wahlrecht des Dritten auf verschiedene Rechtsfolgen und nicht auf unterschiedliche Rechtstatsachen beziehe. Infolge dessen sei es nicht erforderlich, daß der Dritte konkret hätte vertrauen können; er müsse sich nur für oder gegen den Vertrauensschutz entscheiden.

Wie sich jedoch aus dem Zusammenhang des § 15 HGB mit den §§ 8 ff. HGB und der Kontrollfunktion des Handelsregisters ergibt, bezieht sich das Wahlrecht nicht auf vom Gericht erst zu bestimmende Rechtsfolgen, sondern unmittelbar auf die eintragungspflichtigen bzw. eingetragenen Rechtstatsachen. Infolgedessen ist die og. Literaturmeinung nicht haltbar.

Die BGH-Entscheidung ist dagegen nur akzeptabel, wenn der dem § 15 Abs.1 HGB zugrundeliegende Vertrauensschutzgedanke zugunsten des Rechtsverkehrs eingeschränkt wird. Nach der überkommenen Auffassung setzt die Annahme eines Vertrauenstatbestandes voraus, daß der Dritte "abstrakt" vertraute. Dies kann nur angenommen werden, wenn er konkret auf die scheinbare Rechtslage hätte vertrauen und demzufolge das Rechtsgeschäft hätte abschließen können. Bei der dem BGH-Urteil zugrundeliegenden Fallkonstellation wäre dies aber gerade nicht möglich gewesen, da beide eintragungspflichtigen Tatsachen (Gesellschafterstellung des B und Vertretungsregelung) von einem einzigen Umstand (der Zugehörigkeit des

B zur KG) abhingen. Der Dritte konnte nicht abstrakt darauf vertrauen, daß B noch Gesellschafter der KG war, da dies noch im Handelsregister verlautbart war, sich aber gleichzeitig keine Gedanken über die damit zusammenhängende Vertretungsregelung machen, außer man nähme ein "gespaltenes Bewußtsein" des Dritten an oder weitete das Wahlrecht zugunsten eines erhöhten Verkehrsschutzes aus. Dies hätte aber im Ausgangsfall zur Folge, daß der Dritte durch das Wahlrecht besser gestellt würde, als er vor der Rechtsänderung stand.

II. Regelungsabsicht und Normvorstellungen des historischen Gesetzgebers

Aufschluß über Art und Umfang des Wahlrechts bei § 15 Abs.1 HGB könnten die vor den heute geltenden Regelungen über das Handelsregister vorhandenen Vorschriften sowie die Vorstellungen des Gesetzgebers bei Abfassung der jetzigen Regelung geben.

1. Das Handelsregister nach dem Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch (ADHGB)

Der unmittelbare Vorläufer des heute geltenden Handelsgesetzbuchs (HGB) vom 10. Mai 1897 war das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch (ADHGB). Dieses wurde 1861 vom deutschen Bundestag in Frankfurt beschlossen und dann von den einzelnen Staaten des Deutschen Bundes in Kraft gesetzt¹⁾. Die Einführung des ADHGB auf diesem Wege der Parallelgesetzgebung war erforderlich, da der "Bundestag" von 1861 noch nicht wie der heutige über gesetzgeberische Kompetenzen verfügte.

Das ADHGB enthielt keine dem § 15 HGB entsprechende Bestimmung. Es gab keine allgemeine Vorschrift über das Handelsregister; die Bedeutung von Eintragung und Bekanntmachung wurde bei den jeweiligen Rechtsverhältnissen einzeln geregelt (vgl. Art. 25, 46, 87, 115, 129, 135, 155, 171, 172, 233 ADHGB).

Die Bestimmungen des ADHGB hatten, im Gegensatz zu § 15 HGB, zwei Besonderheiten: Die Vorschriften bezogen sich nur auf enthaftende

1) So: Gmür, Grundriß der deutschen Rechtsgeschichte, Sechster Teil, IX 5 b (S. 104); Hahn, Das Handelsrecht nach dem ADHGB, Einleitung, S. 34 f.

Tatbestände²⁾, also auf solche Rechtstatsachen, die geeignet waren, Verpflichtungen des Betroffenen auszuschließen (z.B. Widerruf der Prokura, Ausscheiden eines Gesellschafters). Ferner stand die Beweislastverteilung bezüglich der Kenntnis des Dritten von dem Eintritt des enthaftenden Tatbestand im Mittelpunkt der Regelungen. Der Kaufmann mußte entweder die Kenntnis des Dritten oder die Eintragung und Bekanntmachung beweisen³⁾. Insofern hatten die damaligen Bestimmungen einen prozeßrechtlichen Charakter.

Wegen dieses überwiegend prozeßrechtlichen Charakters der Regelungen und der für den Einzelfall jeweils speziellen Regelung tauchte das Problem des Wahlrechts in seiner erweiterten Form damals noch nicht auf. Zudem waren die durch das ADHGB geregelten Fälle, in denen sich der Dritte auf das Handelsregister berufen konnte, nicht so zahlreich wie heute. Und mehrere enthaftende Tatbestände treffen selten zusammen.

Die früheren Regelungen geben daher für die Frage des erweiterten Wahlrechts nichts her.

2. Die Normvorstellungen und Regelungsabsichten des HGB- Gesetzgebers

Die Verfasser des HGB bezweckten in erster Linie eine Vereinfachung: Die Einzelschriften des ADHGB wurden durch eine zusammenfassende Norm abgelöst. Zugleich wurde die Beschränkung auf enthaftende Tatbestände auf-

2) Staub/Hüffer, HGB, § 15 Rz.2

3) Ausführlicher dazu: Staub/Hüffer, HGB, § 15 Rz.2

gegeben⁴⁾. Ferner wurden die ausdrücklichen Beweisregeln durch eine materiellrechtliche Fassung ersetzt, welche die Beweislast nach dem Regel-Ausnahme-Schema verteilt.

Seit dem ADHGB hat sich das Grundverständnis dessen, was Regelungsinhalt des Handelsregisters ist, gewandelt. Nach heutigem Verständnis enthält § 15 HGB nicht primär eine beweisrechtliche Regelung, sondern normiert besondere Formen des Vertrauensschutzes bzw. dessen Ausschlusses⁵⁾. Der Gedanke des Vertrauensschutzes ist als Regelungsabsicht des Gesetzgebers in der Denkschrift zum HGB besonders hervorgehoben worden. So sind in ihr einige Ausführungen eingefügt worden, die in der Denkschrift zum Entwurf eines HGB noch fehlen⁶⁾, obwohl im übrigen wörtliche und somit auch inhaltliche Übereinstimmung besteht. Diese Ausführungen lauten folgendermaßen:

"Der Natur der Sache nach beschränkt sich aber die Anwendbarkeit des § 15 HGB auf Fälle, in welchen die Kenntnis der einzutragenden Tatsache für das Verhalten des Dritten und seine durch dieses Verhalten beeinflussten Rechte oder Verbindlichkeiten von irgend welcher Bedeutung sein kann. Dies ergibt sich schon aus dem Zwecke der im § 15 enthaltenen Vorschriften, außerdem auch aus der Wirkung, welche darin der nachgewiesenen Kenntnis beziehungsweise

4) So heißt es in der Denkschrift zum HGB S.31: "Am wichtigsten für die Anwendung desselben (§ 15 HGB) bleiben auch künftig die Fälle, in welchen es sich um Thatsachen handelt, die denjenigen, in dessen Angelegenheiten die Eintragung zu erfolgen hat, ... von einer Haftung oder Verantwortlichkeit befreien. Immerhin kommen noch andere Fälle in Betracht, in denen es gleichfalls angezeigt erscheint, die Vorschriften des § 15 zur Anwendung zu bringen."

5) So: Canaris, Vertrauenshaftung, S. 151 ff.; Staub/Hüffer, HGB, § 15 Rz. 6

6) Vgl. in der Amtlichen Ausgabe des Reichs-Justizamtes von 1896, S. 30 f.

unverschuldeten Unkenntnis des Dritten beigelegt wird. Soweit die bezeichnete Voraussetzung ausgeschlossen erscheint, ist für die Bestimmungen des § 15 kein Raum."

§ 15 HGB soll nach dem Willen des Gesetzgebers also nur dann eine Vertrauensschutzwirkung entfalten, wenn Vertrauen überhaupt möglich war. Damit sollen von vornherein bestimmte Fälle ausgeschlossen werden, wie z.B. reine Unrechtsfälle⁷⁾, in denen keinesfalls die Kenntnis oder Unkenntnis der geänderten, einzutragenden Tatsache für die Entstehung der Haftung von Bedeutung sein konnte.

Fraglich ist, ob die Intention des Gesetzgebers so weit ging, im jeweiligen konkreten Fall die Kenntnis bzw. Unkenntnis des Dritten von der einzutragenden Tatsache als von Bedeutung für eine Haftbarmachung anzusehen. Darüber ist ausdrücklich nichts gesagt, jedoch läßt sich aus den oben zitierten Ausführungen schließen, daß eine abstrakte Vertrauensgrundlage ausreicht. Erst recht gibt die Denkschrift für die Frage, wo eventuell die Grenzen des Wahlrechts zu ziehen sind, nichts her. Die Probleme, die sich im Rahmen des Wahlrechts ergeben können, wurden damals offenbar noch nicht gesehen, zumindest aber in der Denkschrift nicht angesprochen. Daher führt eine Auslegung, die die Normvorstellungen und Regelungsabsichten des Gesetzgebers ergründen will, bei der Frage, ob ein erweitertes Wahlrecht in dem Sinne, daß der Dritte innerhalb eines Anspruchs auch die Wahl hat zwischen einzelnen sich widersprechenden Tatbestandsmerkmalen, nicht weiter.

Der Inhalt der Denkschrift läßt auch keine weitere Mutmaßung bezüglich des Willens des Gesetzgebers zu.

7) Siehe oben: S.55 ff.

Zusammenfassung zu II:

Die Regelungen des ADHGB über das Handelsregister waren noch nicht - wie die des HGB - als Vertrauensschutznormen gedacht, sondern als enthaftende Tatbestände und insbesondere als Beweislastregeln. Sie geben daher für Fragen des Vertrauensschutzes und gerade für solche nach dem Umfang des Wahlrechts nichts her.

Aus der Denkschrift zum HGB läßt sich entnehmen, daß dem Gesetzgeber sehr daran gelegen war, mit § 15 HGB eine Vertrauensschutzregelung zu treffen. Es wurde ausdrücklich hervorgehoben, daß der Dritte - abstrakt - vertrauen können muß. Über das Wahlrecht im Rahmen des § 15 Abs.1 HGB ist in der Denkschrift nichts gesagt, erst recht nichts zum Problem eines erweiterten Wahlrechts. Es ist aber sicherlich nicht mit den Regelungsabsichten des Gesetzgebers vereinbar, wenn heute der Vertrauensschutzgedanke, der als wichtige Komponente das Vertrauen des Dritten - wenn auch bloß abstrakt - voraussetzt, beiseitegeschoben wird.

III. Auslegung des § 15 Abs.1 HGB anhand objektiv-teleologischer Kriterien

Im Rahmen der objektiv-teleologischen Auslegung einer Norm können zwei Kriterien von Bedeutung sein: Die Sachgemäßheit der Regelung und die objektiven Zwecke des Rechts. Diese zwei Auslegungskriterien kann man deshalb als objektiv-teleologisch bezeichnen, "weil sich der Gesetzgeber ihrer nicht immer bewußt sein muß, wenn sich nur die getroffene Regelung im ganzen als durch sie bedingt verstehen läßt"¹⁾.

Auf die Frage nach dem Umfang bzw. den Grenzen des Wahlrechts des Dritten bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 15 Abs.1 HGB könnten die objektiven Zwecke des § 15 HGB eine Antwort geben.

1. Objektive Zwecke des Rechts

Objektive Zwecke des Rechts allgemein sind beispielsweise Friedenssicherung, gerechte Streitentscheidung, Rechtsgüterschutz, gerechtes gerichtliches Verfahren und "Ausgewogenheit" einer Regelung durch optimale Berücksichtigung der betroffenen Interessen²⁾.

2. Die "Ausgewogenheit" des § 15 Abs.1 HGB in Anbetracht der gegenseitigen Interessen der Betroffenen

Gerade der "Ausgewogenheit" wollte der Gesetzgeber mit § 15 Abs.1 HGB Rechnung tragen.

1) So: Larenz, Methodenlehre, Kapitel 4, 2 d; auch in diesem Sinne: Kretschmar, Über die Methode der Privatrechtswirtschaft, S. 38; Radbruch, Rechtsphilosophie, S. 110 f. m.w.N.

2) Zit.: Larenz, a.a.O., S. 322

- a. Es stehen sich in den Fällen des § 15 Abs.1 HGB immer Interessen des eintragungspflichtigen Unternehmers und eines Dritten, der mit dem Unternehmer in geschäftlichem Kontakt steht, gegenüber.

Der Unternehmer will durch das Handelsregister die für den Verkehr mit ihm wichtigen Unternehmensinterna wie Vertretungsverhältnisse, Art und Höhe der Haftung und ähnliches mehr offenlegen und sich dadurch vor zu Unrecht erhobenen Ansprüchen absichern.

Problematisch wird für ihn die Interessenlage, wenn sich die Unternehmensverhältnisse tatsächlich ändern. Dann nämlich hat der Unternehmer womöglich ein Interesse daran, daß die neue Rechtslage ausschlaggebend ist, und nicht die vom Handelsregister verlautbarte. Umgekehrt ist aber auch denkbar, daß der Unternehmer nicht die wahre, sondern viel lieber die scheinbare Rechtslage weitergelten lassen würde.

Auf der anderen Seite will aber der Dritte durch eine Rechtsänderung bei seinem Geschäftspartner nicht benachteiligt werden.

- b. § 15 Abs.1 HGB als Vertrauensschutznorm

Der Gesetzgeber hat § 15 Abs.1 HGB als eine Vertrauensschutznorm gefaßt. Er hat das Vertrauen des Dritten auf die verlautbarte Rechtslage zum Ausgangspunkt gemacht und seine Interessen insoweit geschützt, als der Dritte trotz tatsächlicher Veränderung die vom Handelsregister verlautbarte Rechtslage - den Rechtsschein - gelten lassen kann, sofern er

die wirkliche Sachlage nicht kennt.

Der allgemein gültige Grundsatz, daß der Rechtsschein berücksichtigt werden muß, verändert nichts an der materiellen Rechtslage. Wer als Kaufmann auftritt, wird dadurch nicht zum Kaufmann; eine BGB-Gesellschaft wird nicht zur KG, wenn sie unter einer KG firmiert. Der zunächst von Staub³⁾ aufgestellte Satz: "Wer im Rechtsverkehr als Kaufmann auftritt, gilt als Kaufmann; wer sich als Vollkaufmann geriert, gilt als Vollkaufmann" wurde bereits vom Reichsgericht⁴⁾ zurückgewiesen und wird heute allgemein als zu weitgehend abgelehnt⁵⁾. Durch das bloße Auftreten als Kaufmann könnten beispielsweise die §§ 2 ff. HGB bedeutungslos werden: Die Voraussetzungen des § 2 HGB würden überspielt. - Der Gesetzgeber hat aber in den §§ 1 bis 3 HGB bewußt eine differenzierte Regelung entwickelt, die es dem Unternehmen nicht freistellt, ob es dem Kaufmannsrecht unterstehen will. Wer nicht Händler im Sinne des § 1 Abs.2 HGB ist, soll lediglich dann Kaufmann werden, wenn er nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise errichteten Geschäftsbetrieb benötigt.

§ 15 Abs.1 HGB berücksichtigt überwiegend das Interesse des Dritten. Dies ergibt sich daraus, daß nur der eintragungspflichtige Unternehmer, nicht aber der Dritte, Einfluß darauf hat, was in das Handelsregister ein-

3) Staub, Kommentar zum HGB, 6./7. Aufl. (1900), Exkurs zu § 5 Rz. 1; ähnlich Wolff, in der Festgabe für Otto Gierke, Bd.II, S. 145 f.

4) RGZ 89, 163

5) Staub/ Bruggemann, HGB, § 5 Rz. 4;
Bruggemann in GroßKommHGB, § 5 Anm. 3

getragen bzw. dort gelöscht wird. Er muß überprüfen, ob sich der Inhalt des Handelsregisters mit der wahren Rechtslage deckt und gegebenenfalls Eintragungsänderungen veranlassen.

Im Interesse des eintragungspflichtigen Unternehmers ist § 15 Abs.1 HGB aber wiederum auf diejenigen Fälle beschränkt, in denen der Dritte keine Kenntnis von der Änderung hatte. Damit soll ein Ausgleich der Interessen und keine Übervorteilung einer Partei eintreten.

Im Einklang damit steht es auch, wenn dem Dritten ein Wahlrecht zugebilligt wird, wonach er entweder die wahre oder die vom Handelsregister kundgetane Rechtslage gelten lassen kann. Denn es ist dem Unternehmer durchaus zumutbar, daß er sich nach der einen wie der anderen Rechtslage behandeln läßt.

3. Die "Rosinentheorie" und das "Prinzip der Gleichbehandlung des Gleichartigen"

Fraglich bleibt allerdings, ob man das Wahlrecht so weit ausdehnen kann, wie es der BGH in seiner "Rosinentheorie"- Entscheidung getan hat und wie es von zahlreichen Literaturstimmen befürwortet wird.

Durch die Erweiterung des Wahlrechts wird der Dritte bevorzugt: Es tritt eine Rechtsfolge ein, die, wäre die eintragungspflichtige Änderung nicht eingetreten, nicht möglich gewesen wäre. - Wäre B noch Komplementär der KG gewesen, dann hätte A diese nicht wirksam vertreten können und X hätte überhaupt keine Ansprüche, weder gegen die Gesellschaft noch

gegen deren Gesellschafter. Aber dadurch, daß B "glücklicherweise" ausgetreten ist, war das Geschäft von A wirksam abgeschlossen, und B kann deswegen auch noch haftbar gemacht werden. Der Dritte wird daher auf Grund des erweiterten Wahlrechts besser gestellt, als er stünde, wenn sich die Rechtslage nicht geändert hätte.

Ob auch diese Erweiterung des Wahlrechts mit den objektiven Zwecken des § 15 HGB vereinbar ist, bleibt zu prüfen. Sie könnte gegen das "Prinzip der Gleichbehandlung des (gemäß den allgemeinen Wertungen der Rechtsordnung) Gleichartigen (oder Gleichsinnigen)"⁶⁾ verstoßen.

Dieses Prinzip hat als eines der objektiv-teleologischen Auslegungskriterien, die sich aus den objektiven Zwecken des Rechts ergeben, eine besondere Bedeutung: Wertungsmäßig gleichliegende Tatbestände sollen gleich behandelt werden. Eine unterschiedliche Behandlung erscheint als Wertungswiderspruch, der mit der Idee der Gerechtigkeit im Sinne des "gleichen Maßes" nicht vereinbar ist. Sowohl der Gesetzgeber als auch der Ausleger hat solche Wertungswidersprüche nach Möglichkeit zu vermeiden⁷⁾.

Hier ist die Frage, ob in anderen Fällen der Rechtsscheinhaftung bei vergleichbar gelagerten Anspruchsvoraussetzungen die Rechtsfolgen bei Rechtsscheinhaftung und diejenigen bei "normaler" Haftung gleich sein müssen oder ob eine Ungleichheit denkbar und zulässig ist.

6) Larenz, Methodenlehre, S. 323 m.w.N.

7) Larenz, a.a.O., S. 324

a. Vergleichsfallgruppe: Genossenschafts-, Vereins- und Güterrechtsregister

Eine Antwort auf die Frage, ob bei einer Vertrauenshaftung an das Vorliegen eines Vertrauensstatbestandes unter Umständen geringere Anforderungen zu stellen sind, um den Dritten effektiv zu schützen, sowie die Frage, ob gegenüber der "normalen" Haftung eine Besserstellung des Dritten zulässig sein kann, könnte zunächst ein Vergleich mit den Vertrauensschutzregelungen bei den anderen Registern geben.

aa. § 29 GenG hat die Regelung des § 15 HGB für Eintragungen in das Genossenschaftsregister übernommen, und zwar für Rechtsverhältnisse, die den Vorstand oder die Liquidatoren betreffen⁸⁾. Er ist dem § 15 HGB jedoch wortgetreu nachgebildet, sodaß sich bezüglich der Publizitätsfunktion keine Unterschiede ausmachen lassen. Auch orientiert sich die Rechtsprechung ganz an der Rechtsprechung zu § 15 HGB⁹⁾.

bb. Der Vertrauensschutz des Vereinsregisters hat in etwa den gleichen Umfang wie der des Handels- und Genossenschaftsregisters: Der Vertrauensschutz des § 68 Abs.1 BGB geht nur so weit, daß jemand, der mit dem eingetragenen Vorstand ein Rechtsgeschäft tätigt, sich darauf verlassen kann, daß der Vorstand noch im Amt ist, vorausgesetzt, daß er überhaupt seinerzeit rechtsgültig bestellt worden ist (vgl. § 70 BGB). Es wird vermutet, daß der Inhalt des Vereinsregisters richtig ist¹⁰⁾.

8) H.M.; vgl. Müller, GenG, § 29 Rz. 3; Lang/Weidmüller, GenG, § 29 Anm. 6

9) Vgl.

10) So: Sauter/Schweyer, Der eingetragene Verein, Erster Teil, IX (S. 202 f.); Stöber, Vereinsrecht, Rz. 305; Palandt/Heinrichs, BGB, § 68 Anm. 1

Jedoch besteht im Vereinsrecht anerkanntermaßen kein gesteigertes Verkehrsschutzbedürfnis wie im Handelsrecht, sodaß es eine Vertrauenshaftung nach den allgemeinen Rechtscheinsgrundsätzen beim eingetragenen Verein nicht gibt¹¹⁾. Nach § 70 BGB gilt dasselbe für Bestimmungen, die den Umfang der Vertretungsmacht des Vorstandes beschränken (§ 26 Abs.2 S.2 BGB) oder welche die Beschlußfassung des Vorstandes abweichend von der Vorschrift des § 28 Abs.1 BGB regeln.

Die Regelung beim Vereinsregister kann mithin für detaillierte Fragen der Vertrauenshaftung auch nicht vergleichsweise herangezogen werden. Ebenso wie beim Genossenschaftsregister richten sich die Gerichte bei Urteilen betreffend den Vertrauensschutz nach der zu § 15 HGB ergangenen Rechtsprechung.

- cc. Das Güterrechtsregister dient dazu, die güterrechtlich bedeutsamen Abweichungen vom gesetzlichen Güterstand Dritten, die hiervon betroffen werden, zu offenbaren und das für die Geschäftspartner der Ehegatten Bestehende Risiko der Unkenntnis güterrechtlicher Regelungen klar abzugrenzen¹²⁾. Gemäß § 1412 BGB kann der Geschäftspartner Einwendungen der Ehegatten aus eintragungsfähigen, aber nicht eingetragenen Regelungen ausschließen, sofern ihm nicht die Regelungen zum Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts bzw. des Eintritts der Rechtshängigkeit positiv bekannt waren. Zugunsten des Dritten wird angenommen, daß eintragungsfähige Regelungen nicht später geändert oder aufgehoben worden sind, wenn dies aus dem

11) Soergel/Schultze-v.Lasaulx, BGB, § 68 Rz.1

12) BGHZ 66, 203 (207)

Register nicht ersichtlich ist (§ 1412 Abs.2 BGB). Das Güterrechtsregister entfaltet für Dritte also bloß eine negative Publizität¹³⁾.

Der Schutz gemäß § 1412 Abs.2 BGB versagt, wenn die Eintragung nicht der wirklichen Sachlage entspricht, z.B. wenn ein nichtiger Ehevertrag eingetragen ist. Dann gilt die wahre Sachlage und die falsche Eintragung geht zu Lasten des Dritten¹⁴⁾.

Demzufolge ist die Regelung des Vertrauensschutzes durch das Güterrechtsregister restriktiver als diejenige des Handelsregisters: Falsche Eintragungen in das Handelsregister gehen - außer im Fall der Kenntnis des Dritten - immer zu Lasten des Eintragungspflichtigen. § 1412 BGB gibt folglich für eine erweiternde Auslegung des Vertrauensschutzes bei negativer Publizität des Registers nichts her.

- dd. Im Ergebnis ist festzustellen, daß § 15 HGB im Vergleich zu anderen Registern, die Vertrauensschutz gewähren, den weitestgehendsten Schutz des Rechts- und Geschäftsverkehrs gewährleistet. Zu der Frage, ob der Registerschutz zu Gunsten des Dritten erweitert werden darf unter der Prämisse, daß an das Vorliegen eines Vertrauenstatbestandes geringere Anforderungen zu stellen sind, gibt eine Auslegung der entsprechenden Vertrauensschutzvorschriften (§§ 29 GenG, 68 Abs.1, 70; 1412 BGB) nichts her.

Im Folgenden soll daher dieser Frage anhand anderer Fälle einer Vertrauenshaftung nachgegangen werden.

13) Schlüter, Familienrecht, § 11 III 2;
Schwab, Familienrecht, Rz.192 ff.

14) Palandt/Diederichsen, BGB, § 1412 Anm.4

b. Vergleichsfallgruppe: Der Scheinkaufmann¹⁵⁾

Als eine Form der Vertrauenshaftung soll zunächst die Lehre vom Scheinkaufmann zum Vergleich herangezogen werden. Diese Lehre wurde schon verhältnismäßig früh entwickelt, denn der Frage, ob jemand Kaufmann ist oder nicht, kam für den Handelsverkehr schon immer eine erhebliche Bedeutung zu: Das Vorliegen der Kaufmannseigenschaft war und ist Voraussetzung für die Anwendbarkeit der handelsrechtlichen Sondervorschriften.

Scheinkaufmann ist, wer öffentlich so handelt, als ob er Vollkaufmann sei und dadurch einen dementsprechenden Rechtsschein erzeugt. Wer im privaten Rechtsverkehr als Vollkaufmann auftritt, wird auch rechtlich als solcher angesehen und den meist strengeren Vorschriften des Handelsrechts unterstellt.

Der Anschein vorliegender Kaufmannseigenschaft kann beispielsweise auf dem Gebrauch einer einzelkaufmännischen oder einer Gesellschaftsfirma beruhen. Aber auch derjenige, der einen aufwendigen Briefkopf mit Bank- und Telexverbindung sowie Hinweis auf das Bestehen mehrerer Geschäftslokale benutzt, oder derjenige, der sich in das Branchenverzeichnis eines Amtlichen Fernsprechbuchs eintragen läßt, tritt als Kaufmann auf.

Die Regeln über den Scheinkaufmann sind in diesen und allen anderen Fällen des Auftretens als Kaufmann ohne weiteres anwendbar, wenn der Scheinkaufmann weiß, daß er kein Kaufmann ist, und wenn er sich selbst irrtümlich für

15) nicht zu verwechseln mit dem Kaufmann kraft Eintragung iSv. § 5 HGB!

einen Kaufmann hält¹⁶⁾. Ist ihm dagegen nicht bewußt, daß er als Kaufmann auftritt, so kann eine Haftung nur bejaht werden, wenn die Bedeutung seiner Verhaltensweise verkehrsmäßig oder gesetzlich typisiert ist¹⁷⁾. Derartige typisierte Verhaltensweisen, also solche, die typischerweise einem Kaufmann zugeordnet werden, sind insbesondere das Führen einer Firma und das Auftretenlassen von Prokuristen. Verhaltensweisen, die nicht einem Kaufmann vorbehalten sind, wie die Verwendung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Telegrammadressen, aufwendigen Briefköpfen mit mehreren Geschäftskonten oder die Eintragung im Branchenverzeichnis setzen folglich voraus, daß dem "Scheinkaufmann" bewußt ist, daß er anderen den Eindruck vermittelt, er sei Vollkaufmann. Hat er dieses Bewußtsein nicht, dann ahftet er (analog § 122 BGB oder nach den Regeln über die culpa in contrahendo) nur auf das negative Interesse¹⁸⁾.

In der Literatur ist stark umstritten, in welchem Umfang die handelsrechtlichen Sondervorschriften auf den Scheinkaufmann Anwendung finden sollen. In diesem Streit wird sichtbar, wie zum Teil unterschiedlich ent oder weit die Grenzen der Vertrauenshaftung gezogen werden.

16) So: Schlegelberger/Hildebrandt, HGB, § 5 Rz.13 a.E.; Baumbach/Duden, HGB, § 5 Anm. 2 C; Canaris, Vertrauenshaftung, S. 180; a.A.: Riezler, Venire contra factum proprium, S. 169, der in diesem Fall nur einen Anspruch auf das negative Interesse geben will.

17) allgemein zur Rechtsscheinhaftung "kraft verkehrsmäßig typisierter Erklärungsbedeutung vgl. Canaris, Vertrauenshaftung, S. 218 ff.; weitergehend: RGRK/Brüggemann, Anh. zu § 5 Anm. 4 a.E.

18) So: Canaris, Vertrauenshaftung, S. 180 f.

Die herrschende Lehre¹⁹⁾ verneint von vornherein die Anwendbarkeit solcher Normen, die dem Scheinkaufmann günstig sind. Dies erscheint angesichts der ausdrücklichen Regelung des § 5 HGB über den "Kaufmann kraft Eintragung" im Gegensatz zur Lehre vom Scheinkaufmann richtig zu sein: Im letzteren Fall handelt es sich um eine Vertrauenshaftung, nach der nur der Vertrauende, nicht aber auch ein bösgläubiger Dritter oder der Scheinkaufmann selbst geschützt werden soll. Im ersten Fall, nämlich demjenigen des Kaufmanns kraft Eintragung, liegt dagegen ein Tatbestand des "absoluten Verkehrsschutzes" vor, weil sich nach herrschender (und überzeugender) Ansicht²⁰⁾ auch der Bösgläubige und der Eingetragene auf die Eintragung berufen können und sich die Rechtsfolge daher nicht aus dem Vertrauensgedanken erklären läßt. Der Grund für diesen absoluten Rechtsschutz dürfte in dem Bestreben des Gesetzgebers zu sehen sein, im Interesse einer unbedingten Verkehrssicherheit von vornherein jeden Streit über die fragliche Rechtsfolge auszuschließen²¹⁾.

Dagegen werden die §§ 48 ff. und 59 ff. HGB für grundsätzlich anwendbar gehalten. Hier besteht kein Widerspruch zur ratio legis oder zu Sinn und Zweck der Lehre vom Scheinkaufmann als Vertrauenshaftung zum Schutz des Dritten.

19) Staub/Hüffer, HGB, § 5 Anh., Anm. 7; v. Gierke/Sandrock, Handelsrecht, § 13 III 3; a. A. Canaris, Vertrauenshaftung, S. 181, der unter bestimmten weiteren Voraussetzungen die Anwendbarkeit bejaht.

20) Vgl. RGRK/Brüggemann, HGB, § 5 Anm. 3; Schlegelberger/Hildebrandt, HGB, § 5 Rz. 1; Baumbach/Duden, HGB, § 5 Anm. 1 A und F

21) Dasselbe gilt u. a. auch für § 409 BGB, bei welchem es nicht auf den guten Glauben ankommt; vgl. RGZ 126, 183 (185)

Beispiel:

Scheinkaufmann S erteilt einem anderen, C, Prokura. Schließt daraufhin C als Prokurist des S einen Lieferungsvertrag mit einem Dritten D, dann kommt das Geschäft aufgrund des Rechtsscheins zustande, sofern es sich um ein Geschäft handelt, zu dem ein Prokurist gemäß § 49 HGB ermächtigt ist.

In der Literatur wird zum Teil²²⁾ eine Handlungsvollmacht mit dem Geschäftsumfang einer Prokura angenommen, zum Teil²³⁾ von einer Scheinprokura ausgegangen. Beide Auffassungen wenden demnach die §§ 48 ff. HGB an.

Stellt der Scheinkaufmann einen "Handlungsgehilfen" ein, dann gilt dieser nach außen, d.h. Dritten gegenüber als Handlungsgehilfe im Sinne der §§ 59 ff. HGB mit den dort genannten Rechten und Pflichten.

Schwierigkeiten bereitet demgegenüber die Anwendbarkeit der §§ 343 ff. HGB. Überwiegend²⁴⁾ wird angenommen, daß, soweit das HGB eine Abweichung von Schutzvorschriften des BGB enthält (vgl. §§ 348, 350 HGB), das bloße Auftreten als Kaufmann nicht genüge. Ein Nichtkaufmann könne diese zu seinem Schutz aufgestellten nicht abdingbaren Bestimmungen nicht durch eine einfache Erklärung außer Kraft setzen²⁵⁾. Es komme vielmehr nur eine nach den wesentlich engeren Grundsätzen des § 242 BGB abgeleitete Vertrauenshaftung - wie sie auch sonst bei formnichtigen Rechtsgeschäften eingriffe - in Betracht²⁶⁾. Danach ist bei jeder Norm gesondert zu prüfen, ob ihre ratio legis der Anwendung von Rechtsscheinregeln entgegen-

22) RGRK/Brüggemann, HGB, Anh. zu § 5, Anm. 6 e bb

23) Canaris, Vertrauenshaftung, S. 181

24) A.A.: OLG Hamburg, JW 1927, 1109 mit zust. Anm. von Reichel; Schlegelberger/Hildebrandt, HGB, § 5 Rz.15; Baumbach/Duden, HGB, § 5 Anm. 2 A

25) So: Canaris, a.a.O., S. 181

26) RGRK/Brüggemann, HGB, Anh. zu § 5 Anm.6 f, 7; Hueck, ArchBR 43, 451; Canaris a.a.O.

steht. Andererseits ist immer die Schutzwürdigkeit des Dritten zu prüfen: Er muß genauso schutzwürdig sein wie bei einem Rechtsgeschäft mit einem echten Kaufmann²⁷⁾. Das bedeutet aber auch, daß seine Rechte durch die Rechtsscheinhaftung nicht erweitert werden können. Die Rechtslage wird so beurteilt, als wenn der Dritte mit einem echten Kaufmann verhandelt hätte. Es tritt daher im Vergleich zu einem solchen nicht auf Rechtsschein basierenden Verhältnis keine Begünstigung des Dritten ein. Der Dritte soll lediglich keine Benachteiligung erfahren, für die er nicht verantwortlich gemacht werden kann.

Die Tatsache, daß der Dritte nach der Lehre vom Scheinkaufmann so behandelt wird, als ob er es mit einem echten Kaufmann zu tun gehabt hätte, und der weitere Umstand, daß bei handelsrechtlichen Sondervorschriften im Einzelfall deren Anwendbarkeit geprüft werden muß, lassen nicht auf eine weite Auslegbarkeit des Begriffes des Vertrauensschutzes schließen. Der Dritte soll durch ein "irreguläres" Verhalten eines anderen nur keine geschäftlichen Nachteile davontragen; keinesfalls soll er aber durch die Rechtsscheinhaftung besser gestellt werden, als er stünde, wenn er es tatsächlich mit einem Kaufmann zu tun gehabt hätte. Der Vergleich mit der Lehre vom Scheinkaufmann ergibt für die "Rosinentheorie", daß dabei ein besonders extensiver Vertrauensbegriff zugrundegelegt wurde, der dem Dritten mehr gibt als nur einen Schutz vor Nachteilen. Der Lehre vom Scheinkaufmann zufolge wäre eine Ausübung des Wahlrechts im Rahmen des § 15 Abs.1 HGB mit der Folge einer Besserstellung des Dritten nicht zulässig.

27) Canaris, Vertrauenshaftung, S. 182

c. Vergleichsfallgruppe: Vertretungsmacht kraft
Rechtsscheinvollmacht

Ähnliche Probleme einer Vertrauenshaftung können sich bei dem Handeln eines "Vertreterers" aufgrund einer Rechtsscheinvollmacht ergeben. Im folgenden wird untersucht, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen eine Willenserklärung, die jemand, ohne dazu bevollmächtigt zu sein, im Namen eines Dritten abgibt, für und gegen diesen wirkt.

Der Regelfall ist der, daß der "Vertreter" vorher mehrfach aufgrund wirksamer Bevollmächtigung für den Vertretenen Rechtsgeschäfte abgewickelt hat, die zugrundeliegende Bevollmächtigung aber mittlerweile weggefallen ist, z.B. infolge wirksamer Anfechtung (§ 142 BGB).

Zum einen sind die Fälle des "Handelns ohne Urkunde" zu klären, in denen dem Vertreter keine Vollmachtsurkunde ausgehändigt worden ist oder er zwar im Besitz einer solchen Urkunde ist, an die ein Rechtsschein angeknüpft werden könnte, er diese Urkunde bei Geschäftsabschluß aber nicht vorlegt. Zum anderen ist fraglich, ob und inwieweit eine Bindung des Vertretenen über die §§ 172, 173 BGB hinaus angenommen werden kann, wenn der Vertreter im Namen des Vertretenen unter Verwendung einer Urkunde ein Rechtsgeschäft tätigt, um damit einen Auftrag auszuführen, der nachträglich für ungültig erklärt wurde.

Es stellt sich hierbei insbesondere auch die zum Vergleich mit der Rechtslage beim Handelsregister bedeutsame Frage, ob und inwieweit der Dritte in seinem Vertrauen auf den Fort-

bestand der ursprünglichen Rechtslage geschützt wird.

Die von dem "Vertreter" abgegebene Willenserklärung könnte in den soeben aufgezeigten Fällen unter dem Gesichtspunkt einer Rechtscheinvollmacht für und gegen des Vertretenen wirken.

Der BGH unterscheidet neben der ausdrücklich erteilten Vollmacht drei Möglichkeiten, eine Vertretungswirkung herbeizuführen: Zunächst ist die nicht durch Rechtsschein begründete, rechtsgeschäftliche Erteilung einer Vollmacht durch stillschweigende Bevollmächtigung zu nennen²⁸⁾. Hier wird nicht ausdrücklich, sondern konkludent eine Vollmacht erteilt. Ein dahingehender Wille des Geschäftsherrn ist durch Auslegung zu ermitteln. Davon unterscheidet der BGH die durch Rechtsschein erzeugte sog. Duldungsvollmacht. Diese sei dann anzunehmen, wenn der Geschäftsherr zwar den Sachverhalt kenne, aber keinen auf Vollmachtserteilung gerichteten Willen habe, wenn er z.B. unentschlossen sei, eine Vollmacht zu erteilen. Der Dritte muß dieses Dulden aber dahin verstehen dürfen, daß der als Vertreter Handelnde bevollmächtigt sei²⁹⁾. Neben die konkludent erteilte Vollmacht und die Duldungsvollmacht stellt der BGH eine zweite durch Rechtsschein erzeugte Vollmacht, die Anscheinsvollmacht. Diese soll dann vorliegen, wenn der Geschäftsherr keine Kenntnis vom Handeln des angeblich Bevollmächtigten hat, aber bei pflichtgemäßer Sorgfalt dies hätte erkennen

28) BGH LM Nr.13, 15 zu § 167 BGB und Nr.24 zu § 164 BGB

29) St. Rspr.: BGH LM Nr.13, 15 zu § 167 BGB; Nr.24 zu § 164 BGB; VersR 1971, 227

und verhindern können³⁰⁾. Auch hier muß der Dritte nach Treu und Glauben annehmen dürfen, der Vertreter dulde und billige das Handeln seines (Schein-)Vertreters.

Es ist nicht immer deutlich, ob der BGH die Duldungsvollmacht als eigenständige Fallgruppe betrachtet oder ob er sie nur als Unterfall der Anscheinsvollmacht ansieht. Anfänglich ordnete er die Duldungsvollmacht in die Gruppe der rechtsgeschäftlichen, stillschweigend erteilten Vollmacht ein³¹⁾. In späteren Urteilen erkannte er dagegen die Duldungsvollmacht als Rechtsscheinvollmacht an und stellte sie neben die Anscheinsvollmacht³²⁾. Für die Anscheinsvollmacht soll es nunmehr "genügen", daß der Vertretene das Handeln des Vertreters hätte kennen müssen³³⁾. Demnach kann der Geschäftsherr bei der Anscheinsvollmacht auch positive Kenntnis vom Verhalten des vermeintlichen Vertreters haben. Weiß er aber von dem Tätigwerden in seinem Namen und greift er nicht ein, ist nach den Definitionen des BGH auch eine Duldungsvollmacht gegeben. Der Unterschied zwischen der Anscheins- und der Duldungsvollmacht wird dadurch vollends undeutlich und ist kaum noch auszumachen³⁴⁾.

Die Meinungen im Schrifttum zur Einordnung der Formen der Rechtsscheinvollmacht sind sehr uneinheitlich.

30) St. Rspr.: BGH LM Nr. 3, 11, 13, 17 zu § 167 BGB

31) BGH LM Nr. 4 zu § 167 BGB; NJW 1956, 460; WM 1957, 926 m.w.N.

32) BGH LM Nr. 13, 15 zu § 167 BGB

33) BGH LM Nr. 10, 13 zu § 167 BGB

34) Das verkennt v. Gierke/Sandrock, a.a.O. S. 366, der meint, der BGH hätte zur Anscheinsvollmacht die Unkenntnis des Geschäftsherrn vom Auftreten des Vertreters gefordert.

Die Duldungsvollmacht wird von einem Teil der Autoren in den Bereich der rechtsgeschäftlichen, stillschweigend erteilten Bevollmächtigung eingeordnet³⁵⁾. Der überwiegende Teil sieht in der Duldungsvollmacht jedoch eine Form der Rechtsscheinvollmacht³⁶⁾, denn es sei bedenklich, aus bloßem Schweigen eine Willenserklärung zu folgern³⁷⁾.

Die Anscheinsvollmacht wird in der Literatur teilweise ganz abgelehnt³⁸⁾. Andere erkennen die Anscheinsvollmacht zwar an, beschränken sie jedoch auf bestimmte Bereiche. So ist Canaris³⁹⁾ der Ansicht, die Anscheinsvollmacht gehöre lediglich in den kaufmännischen Bereich. Eine lediglich fahrlässige Verursachung eines

-
- 35) Noch von Soergel/Schultze-v.Lasaulx, BGB, § 167 Rz.18 als h.M. bezeichnet - Staudinger/Coing (11.Aufl.), BGB, § 167 Rz. 9 e; Enneccerus/Nipperdey, § 184 II 2 a; Palandt/Heinrichs, BGB, §§ 170-173, Anm. 4 b aa; Flume, § 49, B 4; Medicus, Rz.101; Waldeyer, Vertrauenshaftung kraft Anscheinsvollmacht bei anfechtbarer und nichtiger Bevollmächtigung, S.82; Lehmann/Hübner, § 36 V 2 a; Westermann, JuS 1963, 5; in seiner Kommentierung in Erman/Westermann, BGB (6.Aufl.), Rz.9 läßt sich diese unterschiedene Stellungnahme allerdings nicht mehr finden.
- 36) Erman/Brox, BGB, § 167 Rz.7; Soergel/Schultze-v.Lasaulx, BGB, § 167 Rz.21; Larenz, BGB AT, § 33 I a; Fikentscher, AcP 154, 1 ff.; MünchKomm/Thiele, BGB, § 167, Rz. 37, 47; RGRK/Kuhn (11.Aufl.), § 167 Anm.2, 4; Fabricius, JuS 1966, 56; Canaris, Vertrauenshaftung, S. 42; Hoffmann, JuS 1970, 451; Lüderitz, JuS 1976, 769 f.; Krause, S.144ff.; Lange/Köhler, a.a.O., § 36 II 6.
- 37) Hoffmann, a.a.O., S.451
- 38) Flume, § 48, 4 (S.832 ff.); Bienert, Anscheins- und Duldungsvollmacht, S.97 ff.; v. Gierke/Sandrock, a.a.O., S.368 ff. schlagen für alle Fälle der Duldungs- und der Anscheinsvollmacht die Lehre von der Verwirkung vor, die aus dem Rechtsgedanken des venire contra factum proprium und § 242 BGB hervorgehen soll.
- 39) Canaris, Vertrauenshaftung, S.51; ders. JZ 1976, 133

Scheintatbestandes könne keine Erfüllungs-, sondern nur eine Schadensersatzhaftung auslösen. Er schlägt daher vor, § 122 BGB analog anzuwenden, damit der bei der Rechtsscheinshaftung Vertrauende nicht besser und nicht schlechter gestellt werde als bei einem Rechtsgeschäft⁴⁰⁾.

Larenz⁴¹⁾ sieht in einem bewußten Hervorrufen eines Rechtsscheins keinen hinreichenden Grund für die Zurechnung dieses Rechtsscheins. Es könne allenfalls eine Schadensersatzpflicht angenommen werden. Auch Schultze- v. Lasaulx⁴²⁾ hält eine zurückhaltende Anwendung der Anscheinsvollmacht im Hinblick auf das Erfüllungsinteresse für angebracht. Es führe zu einer starken Überspannung der Überwachungs- und Organisationspflicht des Vertretenen. Der überwiegende Teil dehnt die Anscheinsvollmacht aber auf das gesamte BGB aus und nimmt eine Erfüllungshaftung an⁴³⁾.

Der Rechtsprechung⁴⁴⁾ und h.M. in der Literatur⁴⁵⁾ zufolge ist Grundlage für die Anerkennung von Duldungs- und Anscheinsvollmacht der Rechtsgedanke der §§ 170 ff. BGB, der besagt, daß dem Dritten die Nachprüfung der Vollmacht nicht zuzumuten ist, wenn das Verhalten des

40) Canaris, Vertrauenshaftung, S. 548; JZ 76, 134

41) Larenz, BGB AT, § 33 I a (S. 583)

42) Soergel/Schultze-v.Lasaulx, BGB, § 167 Rz. 18

43) U.a. Palandt/Heinrichs, BGB, §§ 170-173, Anm. 4 d aa; Enneccerus/Nipperdey, § 184 3 c; Ertman/Brox, § 167 Rz. 7, 23; Waldeyer, a.a.O., S. 104

44) RGZ 170, 284; BGHZ 12, 109; BGH VersR 1961, 83

45) Fikentscher, AcP 154, 9; Soergel/Schultze-v.Lasaulx, BGB, § 167 Anm. 30; Palandt/Heinrichs, BGB, § 173 Anm. 4 c ee; a.A.: Flume, a.a.O., § 49, 4; Medicus, a.a.O., § 5 III 3 c, die lediglich eine Haftung auf das Vertrauensinteresse annehmen.

Vertretenen nach der Verkehrsauffassung auf das Bestehen der Vollmacht schließen läßt. - Dieser Rechtsgedanke kommt übrigens auch in § 370 BGB und § 56 HGB zum Ausdruck. - Beide unterscheiden sich zwar nach ihrem rechtlichen Charakter und ihren Voraussetzungen, beruhen aber letztlich auf dem Gedanken des Vertrauensschutzes und damit auf dem Grundsatz von Treu und Glauben⁴⁶⁾. Bei der Würdigung ist darauf abzustellen, ob das Vertrauen des Dritten nach den Umständen des Falles trotz des fehlenden Bevollmächtigungswillens des Vertretenen Schutz verdient.

Wird das Vorliegen einer Rechtsscheinvollmacht, gleich ob Anscheins- oder Duldungsvollmacht, bejaht, treten dieselben Wirkungen ein, die bei wirksamer Bevollmächtigung ausgelöst würden. Das Geschäft ist für den Vertretenen wirksam, es besteht ein Erfüllungsanspruch oder gegebenenfalls ein Schadensersatzanspruch auf das Erfüllungsinteresse.

Bei dieser Fallgruppe wird besonders deutlich, daß im Rahmen der Vertrauenshaftung jeweils zu prüfen ist, ob aus der Sicht des Dritten ein Rechtsschein einer Bevollmächtigung gegeben ist. Denn es gibt diesbezüglich weder gesetzliche Regelungen, die näher bestimmen, wann ein Vertrauensschutz bejaht werden muß, noch von der Rechtsprechung entwickelte Grundsätze, die von vornherein eine Rechtsscheinvollmacht sofort erkennen ließen. Daher ist es in diesem Zusammenhang nicht denkbar, die Gedanken des Vertrauensschutzes außer Acht zu lassen, d.h. sie zugunsten des Schutzes des Dritten einzulegen.

46) BGH NJW 1956, 1674; NJW 1962, 1003

Durch diese Form der Rechtsscheinhaftung soll der Dritte so gestellt werden, als habe eine rechtsgeschäftliche Bevollmächtigung vorgelegen. Dadurch wird der Dritte aber weder gegenüber den bei einer "echten" Bevollmächtigung eintretenden Rechtsfolgen begünstigt noch benachteiligt. Aus der Anscheinsvollmacht können keine weitergehenden Ansprüche hergeleitet werden, als sie bei einer rechtsgeschäftlichen Vollmacht bestanden hätten. Wo auch bei wirk-samer Vollmacht die Grenzen der Vertretungs-macht überschritten wären, ist daher für die Haftung des "Vollmachtgebers" für eine An-scheinsvollmacht kein Raum⁴⁷⁾.

Die Regelung der Rechtsscheinhaftung spricht eindeutig für eine Einschränkung des Ver-trauensschutzgedankens und kann daher zur Unterstützung der "Rosinentheorie" des BGH, die an den Vertrauenstatbestand zugunsten des Dritten verminderte Anforderungen stellt, auf keinen Fall herangezogen werden. Dies gilt auch bezüglich der Rechtsfolgen: Da der Dritte bei Vorliegen einer Rechtsscheinvollmacht so gestellt wird, als habe eine rechtsgeschäft-lich erteilte Vollmacht vorgelegen, wird er aufgrund dieser Vertrauenshaftung nicht besser gestellt, aber auch nicht schlechter.

Dieser Fallgruppe zufolge ist die "Rosinen-theorie" nicht mehr mit Sinn und Zweck der Vertrauenshaftung aufgrund Rechtsscheins ver-einbar, da die Erweiterung des Wahlrechts eine unzulässige Ausdehnung des Gedankens eines Vertrauensschutzes zur Folge hat.

47) So: RGRK/Steffen, § 167 Rz.19; Staudinger/Dilcher, § 167 Rz.44; vgl auch: BGHZ 12, 105, 109; 17, 13, 17; BGH, LM BGB § 167 Nr.17 sowie die in Fn. 42 und 43 (S.90) zitierte Rechtsprechung und Literatur.

- d. Vergleichsfallgruppe: Anfechtbarkeit einer Vollmachtskundgabe iSd §§ 172, 173 BGB

Fragen des Vertrauensschutzes tauchen auch dann auf, wenn sich ein Vertreter durch Vorlage einer Vollmachtsurkunde bei Abschluß des Geschäfts gegenüber dem Dritten als Vertreter ausweist, die zugrundeliegende Vollmacht aber durch den Vertretenen angefochten wurde.

Gemäß § 172 Abs.1 BGB kann ein Vertreter seine Vertretungsmacht einem Dritten gegenüber nachweisen, indem er ihm eine Vollmachtsurkunde vorlegt, die ihm der Vertretene zu diesem Zweck ausgehändigt hatte. Fraglich ist, inwieweit der Vertretene den von der Urkunde ausgehenden Rechtsschein durch eine Anfechtung beseitigen kann.

- aa. § 172 BGB gilt im Gegensatz zu § 164 BGB dem Wortlaut nach allein für die rechtsgeschäftlich erteilte Vollmacht. Folgerichtig wird daher auch teilweise die Anwendung des § 172 BGB - und sei es auch nur die entsprechende Anwendung - auf den Fall der gesetzlichen Vertretungsmacht abgelehnt⁴⁸⁾. Jedoch haben die Anhänger dieser Auffassung nur die gesetzlichen Vertreter des BGB im Auge, wie den Vormund eines Mündels oder den Gebrechlichkeitspfleger⁴⁹⁾. Dies ist insbesondere daraus zu ersehen, daß sie sich zu Bekräftigung ihrer Auffassung auf ein Urteil des Reichsgerichts⁵⁰⁾ beziehen, das über den Fall eines Vormunds zu entscheiden hatte. Bei diesen gesetzlichen Vertretern des BGB erscheint die Ablehnung einer entsprechenden Anwendung des § 172 BGB gerechtfertigt. Es würde nämlich für das Mün-

48) MünchKomm/ Thiele, BGB, § 172 Rz.23;
RGK/ Steffen, § 172 Rz.2

49) Vgl. z.B. MünchKomm/ Thiele, BGB, § 172 Rz.2

50) RGZ 74, 263

del oder für denjenigen, der eines Pflegers bedarf, ein großes Risiko und eine schwere Belastung bedeuten, wenn die zu seinem Schutz bestellte Person mittels einer Bestallungsurkunde Rechtsgeschäfte im Namen des Mündels oder des Gebrechlichen abschließen könnte, die nur deshalb wirksam wären, weil von der Bestallungsurkunde ein Rechtsschein im Sinne des § 172 BGB ausginge. Hier wird der Schutz des Mündels und der Schutz des Gebrechlichen dem Interesse eines Dritten an der Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts vorgezogen, weil diese ihren gesetzlichen Vertreter nicht selbst bestimmen, kaum überwachen und sich nur schlecht gegen ihn zur Wehr setzen können. Wer dagegen den Vertreter selbst rechtsgeschäftlich bestellen kann, ist nicht gleichermaßen schutzbedürftig. Er kann den Vertreter im Fall des Amtsmißbrauchs sofort abberufen. Im Fall der gewillkürten Vertretungsmacht ist die Regelung des § 172 BGB daher sach- und interessen-gerecht.

- bb. Die heute herrschende Meinung und die Rechtsprechung verstehen § 172 BGB als gesetzlichen Tatbestand einer Scheinvollmacht⁵¹⁾.

Eine Scheinvollmacht liegt vor, wenn der Vertretene durch sein Verhalten in einem Dritten den Glauben hervorruft, der Vertreter sei ordnungsgemäß bevollmächtigt⁵²⁾. Durch die Aus-händigung der Urkunde entsteht der Schein, als habe derjenige, auf den sie lautet, Vertretungsmacht.

51) Im Anschluß an v. Seeler, ArchBR 28, 36 ff.; Wellspacher, Das Vertrauen auf äußere Tatbestände im bürgerlichen Recht, S. 83 ff. (87); Palandt/Heinrichs, BGB, §§ 170-173 Anm. 1; MünchKomm/Thiele, BGB, § 172 Rz.1; Erman/Brox, BGB, § 172 Rz.9; Soergel/Schultze-v.Lasaulx, BGB, § 172 Rz.1; BGH, NJW 1975, 2101; WM 1964, 153 (155)

52) In diesem Sinne: BGH, NJW 1952, 658

Aus der Eigenart der Rechtsscheinhaftung wird von verschiedenen Autoren der Schluß gezogen, daß eine Anfechtung des Rechtsscheins mit rückwirkender Kraft nicht möglich sei⁵³⁾. Die Vertrauenssituation, die das Gesetz ausdrücklich schützen wolle, könne nicht, nachdem sie erst geschaffen sei, nachträglich beseitigt werden. Das widerspreche dem Schutzzweck des Gesetzes.

Von anderen Autoren wird auf den Gedanken der Rechtsscheinhaftung angestellt. Die Ablehnung der Anfechtungsmöglichkeit wird damit begründet, daß die Aushändigung der Urkunde als tatsächliches Verhalten keine Willenserklärung darstelle, und nur für solche bestehe die Möglichkeit der Anfechtung⁵⁴⁾.

Diese Ansichten sind nicht unwidersprochen geblieben. Coing⁵⁵⁾ gesteht ein, daß es formalistisch sei, sich gegen eine Anfechtung mit dem Argument zu stellen, die Kundgabe, deren Unterfall die Übergabe der Vollmachtsurkunde ist, sei keine eigentliche Willenserklärung. So befürwortet auch eine im Vordringen befindliche Meinung, die § 172 BGB als Rechtsscheintatbestand auffaßt, daß die Aushändigung der Urkunde nicht nur ein rein tatsächliches Verhalten sei, sondern eine geschäftsähnliche Handlung darstelle, auf die man die Vorschriften über die Willenserklärungen entsprechend anwenden müsse⁵⁶⁾. Aufgrund

-
- 53) Staudinger/Dilcher, BGB, § 171 Rz.9; Palandt/Heinrichs, BGB, §§ 171-173 Anm.1; Jauernig, BGB, §§ 170-173 Anm.3 e.
- 54) In diesem Sinne: Enneccerus/Nipperdey, § 184 II 3 (S.1133); v.Seeler, ArchBR 28, 36
- 55) Staudinger (11.Aufl.), §§ 171,172 Rz.10
- 56) MünchKomm/Thiele, BGB, § 172 Rz.8; Erman/Brox, BGB, § 172 Rz.6; Canaris, Vertrauenshaftung, S.35; RGRK/Steffens, § 171 Rz.3; Soergel/Schultze-v.Lasaulx, BGB, § 171 Rz.3; v.Craushaar, AcP 174, 15, 17.

gesetzlicher Anordnung hätten geschäftsähnliche Handlungen die gleichen Wirkungen wie Rechtsgeschäfte⁵⁷⁾. Daher sei eine Anfechtung der Vollmachtsgabe grundsätzlich zuzulassen.

- cc. Allein aus der Erkenntnis, daß bei der Kundgabe einer Vertretungsmacht, wie z.B. der Übergabe einer Vollmachtsgabe, keine Willenserklärung vorliegt, kann nicht gefolgert werden, daß eine Anfechtung auszuschließen ist. Die deutsche Rechtsordnung kennt viele Fälle, bei denen eine Handlung zwar im Bewußtsein der Rechtsfolge vorgenommen wird, die aber nicht unmittelbar auf das Herbeiführen einer Rechtsfolge, die das Gesetz daran knüpft, abzielt (Hauptbeispiel: die Mahnung)⁵⁸⁾. Sie stehen jedoch immer im Zusammenhang mit einem Rechtsverhältnis. Deshalb nennt man sie "Rechtshandlungen"⁵⁹⁾. Hierzu zählen die "Realakte" und die "geschäftsähnlichen Handlungen". - Sie stehen im Gegensatz zu den Rechtsgeschäften, bei denen kraft Parteiwillens durch Willenserklärungen eine Rechtsfolge eintritt, also final bezweckt ist. Ihre Zweckbestimmung ist die "Selbstgestaltung der Lebensbeziehungen"⁶⁰⁾.

Fraglich ist, in welche Kategorie die Kundgabe der Vertretungsmacht durch Übergabe der Vollmachtsurkunde vom Vertretenen an den Bevollmächtigten einzuordnen ist.

Die Annahme eines Realaktes scheidet von vornherein aus. Hierzu werden nur solche Handlungen

57) Larenz, BGB AT, § 33 I a (S.580 f.)

58) Vgl. Larenz, BGB AT, § 26, 1 (S.470); Flume, BGB AT II, § 9, 1 (S.106); Enneccerus/Nipperdey, § 137 IV 2.

59) Vgl. Larenz, a.a.O., S.469

60) Staudinger/Coing (11.Aufl.), BGB, Einl. § 104 Rz.20 b.

gezählt, die typischerweise darauf gerichtet sind, einen tatsächlichen, "technischen"⁶¹⁾ Erfolg herbeizuführen, wie z.B. die Besitzergreifung gemäß § 854 Abs.1 BGB, die Verarbeitung gemäß § 950 BGB oder die Schöpfung eines Werkes gemäß §§ 1, 7 UrhG. Die Willensmomente spielen hier keine oder nur eine untergeordnete Rolle. Jedenfalls sind auf diese Rechtshandlungen die Regeln über die Geschäftsfähigkeit gemäß §§ 104 ff. BGB nicht anwendbar. Für den Besitzerwerb z.B. ist keine Geschäftsfähigkeit erforderlich; es reicht ein sog. natürlicher Besitzwille⁶²⁾.

Das kann aber für die Übergabe einer Urkunde nicht gelten, sonst könnte ein nur beschränkt Geschäftsfähiger, der einen Vertreter "bevollmächtigt" und ihm eine entsprechende Vollmachtsurkunde übergibt, durch diesen Vertreter wirksam gemäß § 172 BGB vertreten werden. Das verbietet aber gerade der Schutzzweck der §§ 104 ff. BGB⁶³⁾.

Derjenige, der die Urkunde übergibt, ist sich der Tatsache bewußt, daß er dadurch die Anerkennung des anderen als Vertreter fördert, also eine Vertrauenssituation schafft. Zwar wird keine unmittelbare Rechtsfolge geschaffen, es besteht aber die Möglichkeit, daß eine solche eintritt, daß nämlich durch Vorlage der Urkunde eine durch § 172 BGB gesetzlich angeordnete Vertretungsmacht begründet wird. Außerdem liegen die Rechtsfolgen, die sich aus der Übergabe der Urkunde ergeben - der erhöhte Schutz des § 172 BGB - , nicht im Gestaltungsbereich

61) Enneccerus/Nipperdey, § 137 IV 2

62) H.M.; vgl. Soergel/Mühl, BGB, § 854 Rz.9; MünchKomm/Gitter, BGB, Vor § 104 Rz.77; Baur, Sachenrecht, § 7 B II 2.

63) BGH, NJW 1977, 673

des Handelnden. Sie treten kraft Gesetzes ein. Somit ist hier der typische Fall einer geschäftsähnlichen Handlung gegeben. Auf diese geschäftsähnlichen Handlungen sind aber nach allgemeiner Auffassung wegen der großen Ähnlichkeit beider Willensäußerungen die Regeln über die Willenserklärungen grundsätzlich entsprechend anwendbar⁶⁴⁾.

Auch bei konkreter Prüfung der einzelnen Vorschriften (§§ 172, 173 BGB) ergibt sich nichts anderes. Da das Gesetz an die Übergabe der Urkunde unter Umständen ungünstige Rechtsfolgen für den Übergebenden knüpft, besteht für ihn ebenso wie bei der Abgabe einer Willenserklärung das Bedürfnis, die Folgen der Mitteilung rückwirkend zu beseitigen⁶⁵⁾. Er soll nicht dadurch, daß er die Bevollmächtigung im Interesse des Rechtsverkehrs mit einer geschäftsähnlichen Handlung, der Übergabe der Vollmachtsurkunde, verbindet, schlechter gestellt werden. Andererseits wird er auch nicht besser gestellt, da er auf die Vorschriften über Willenserklärungen, die entsprechend anzuwenden sind, beschränkt ist.

Folglich kann die Vollmachtskundgabe im Sinne des § 172 BGB in Form der Aushändigung der Urkunde gemäß §§ 119 ff. BGB entsprechend angefochten werden, mit der Folge, daß die Vertretungsmacht rückwirkend entfällt und der von

64) Erman/Brox, BGB, Einl. § 104 Rz.6; Enneccerus/Nipperdey, § 207 II: "...darf die Analogie als Regel behauptet werden". Die geschäftsähnlichen Handlungen werden daher auch als "verkümmerte Willenserklärungen" bezeichnet, Lange/Köhler, § 34 III (S.229).

65) Staudinger/Coing, BGB (11.Aufl.), Einl. § 104 Rz.206; Soergel/Hefermehl, BGB, Vor § 104 Rz.20; Larenz, BGB AT, § 26 (S.472); vgl. auch RGZ 94, 67, das die Anfechtung einer Mitteilung für zulässig hält; a.A. z.B. Staudinger/Dilcher, BGB, Einl. §§ 104-185 Rz.18.

der Urkunde ausgehende Rechtsschein vernichtet wird⁶⁶⁾.

- dd. Auch bei der soeben dargelegten Vergleichsfallgruppe der Anfechtbarkeit der Vollmachtsgabe im Sinne der §§ 172, 173 BGB wurde wieder das allgemeine Bestreben in Literatur und Rechtsprechung deutlich, für den einen Rechtsschein Setzenden und für seinen Geschäftspartner eine Rechtsfolge zu schaffen, die der Handhabung der entsprechenden Rechtslage, die ohne Rechtsschein gegeben wäre, entspricht. Derjenige, der einen Rechtsschein setzt, soll dadurch nicht von vornherein schlechter gestellt werden. Umgekehrt soll der vom Rechtsschein betroffene Dritte auch nicht nur deshalb besser gestellt werden, weil ein Rechtsschein vorgelegen hat.

Der Vertrauensschutzgedanke tritt bei der soeben geschilderten Fallgruppe eher zu Lasten des Dritten in den Hintergrund. Dagegen wird der Vertretene so gestellt, als habe er eine rechtsgeschäftliche Vollmacht erteilt und nicht nur einen Rechtsschein hervorgerufen.

Daraus läßt sich somit für den Ausgangsfall nicht herleiten, daß im Interesse des Schutzes des Dritten auch eine Rechtsfolge eintreten kann, die bei Zugrundelegung tatsächlicher Verhältnisse und Rechtsfolgen nicht hätte eintreten können. Im Gegenteil, der Vergleichsfall spricht sogar für eine Gleichbehandlung von tatsächlicher und scheinbarer Rechtslage, wenn nicht das Gesetz etwas anderes vorsieht.

66) So auch: RGRK/Steffen, BGB, § 167 Rz.19; Canaris, Vertrauenshaftung, S.39 ff.; Flume, AT II, § 36 V 2 b; Frotz, Verkehrsschutz im Vertretungsrecht, S.325 f.; vgl. auch RGZ 108, 125, 128; RG JW 31, 522; a.A.: Enneccerus/Nipperdey, § 184 II 3 b; Erman/Westermann, § 172 Rz.7; Soergel/Schultze-v.Lasaulx, § 171 Rz.3; Staudinger/Coing, § 171 Rz.2.

e. Vergleichsfallgruppe: Anfechtbarkeit von
Anscheins- und Duldungsvollmacht

Eine weitere Parallele könnte die Anfechtung einer Vollmacht im Vergleich zu Möglichkeit und Folgen der Anfechtbarkeit der Anscheins- bzw. Duldungsvollmacht sein.

Da die Vollmachtserteilung gem. § 167 BGB eine Willenserklärung ist, kann sie unter den Voraussetzungen der §§ 119 ff. BGB angefochten werden. Da bei der Anscheins- und der Duldungsvollmacht nur der Rechtsschein einer Bevollmächtigung gesetzt wird, also weder eine Willenserklärung noch eine ihr gleichzusetzende Willensbetätigung vorliegt, könnte bei diesen die Anfechtung anders oder nicht zulässig sein.

Die herrschende Meinung verneint die Anfechtbarkeit einer Anscheins- bzw. Duldungsvollmacht. Einige Autoren⁶⁷⁾ begründen dies damit, daß keine Willenserklärungen vorliegen. H. Westermann⁶⁸⁾ meint, "Rechtsscheingrundsätze" stünden entgegen. Wieder andere⁶⁹⁾ sind der Auffassung, ein Rechtsschein könne nicht rückwirkend, sondern nur für die Zukunft zerstört werden.

Diese Argumente überzeugen nicht. Die Verneinung der Anfechtbarkeit der Anscheins- und der Duldungsvollmacht mit der Begründung, es liege keine Willenserklärung vor, ist als

67) Enneccerus/Nipperdey, § 184 II 4 (S.1135); Erman/Brox, BGB, § 167 Rz.20; Fabricius, JuS 1966, 57; v. Gierke/Sandrock, a.a.O., § 23 III 4 b (S.369); Krause, Schweigen im Rechtsverkehr, S.157; Waldeyer, a.a.O., S.97.

68) Erman/Westermann, BGB (6.Aufl.), § 167 Rz.9

69) Canaris, Vertrauenshaftung, S.196; Fikentscher, AcP 154, 4 FN.11; Palandt/Heinrichs, BGB, § 173 Anm.4 c dd; Soergel/Schultze-v. Lasaulx, BGB, § 167 Rz.29

begriffsjuristisch abzulehnen. Diese Begründung stellt weder auf den Zweck noch auf die Funktion des Instituts dieser Rechtsscheinsvollmachten ab. Denn wenn man damit zu einer Vertrags-(=Erfüllungs-)wirkung kommt, dann kann die so fingierte Willenserklärung nicht anders behandelt werden als eine tatsächlich abgegebene Willenserklärung⁷⁰⁾. Schon bei § 172 BGB wurde gezeigt⁷¹⁾, daß die Anfechtung nicht unbedingt das Vorliegen einer Willenserklärung voraussetzt. Dort war die geschäftsähnliche Handlung der Kundgabe der Vertretungsmacht für anfechtbar erklärt worden. Zumindest die Duldungsvollmacht, die ein bewußtes Handeln des Vertretenen voraussetzt, ist aber gleichwertig. Eine Gleichbehandlung mit einer rechtsgeschäftlichen Vertretungsmacht und mit § 172 BGB ist insoweit geboten⁷²⁾.

Läßt man die Anfechtung nicht zu, so wird erreicht, daß die Setzung des Scheins einer Vollmacht strenger bindet als eine, wenn auch nur schlüssige Bevollmächtigung: Der Bevollmächtigte wird durch die Anscheins- bzw. Duldungsvollmacht den gleichen Rechtsfolgen ausgesetzt wie bei einer ausdrücklich erteilten Vollmacht. Da erscheint es wertungsmäßig nicht richtig, wenn er die Vollmacht nicht auch auf die gleiche Weise beseitigen kann⁷³⁾. Die Bindung des Vertretenen kann im Hinblick auf den Schutzzweck der §§ 119 ff. BGB nicht weiter

70) So auch: Diederichsen, JuS 1966, 137

71) Siehe oben: S. 93 ff.

72) So auch: MünchKomm/Thiele, BGB, § 167 Rz. 49, 62; für eine analoge Anwendung der §§ 119 ff. BGB: Canaris, Vertrauenshaftung, S. 43 ff.; Lange/Köhler, BGB AT, § 48 III 3 b bb; für die Gleichbehandlung ebenfalls Erman/Brox, BGB, § 167 Rz. 20, der selbst allerdings die Anfechtung aus anderen Gründen ablehnt.

73) So auch: MünchKomm/Thiele, BGB § 167 Rz. 49; Canaris, Vertrauenshaftung, S. 46; Lange/Köhler, a.a.O., § 48 III 3 b bb.

reichen als die Bindung an eine rechtsgeschäftliche Vollmacht⁷⁴⁾.

Fazit hieraus ist, daß die Rechtslage, die sich auf Grund eines Rechtsscheins ergibt (Anscheins- oder Duldungsvollmacht), genauso behandelt werden soll, wie wenn sie sich aus tatsächlichen Rechtsvorgängen (ausdrückliche, konkludente, schlüssige Bevollmächtigung) herleitet.

Canaris⁷⁵⁾ führt weiter dazu aus, daß ebenso wie bei der echten Vollmacht auch bei der Scheinvollmacht die §§ 171 Abs.2, 172 Abs.2 und 173 BGB anwendbar seien, und zieht weiterhin daraus folgende Schlüsse: Erstens dürfe der Dritte grundsätzlich auf die Fortdauer der Vertretungsmacht vertrauen, ohne daß es darauf ankomme, ob das Unterlassen einer entsprechenden Mitteilung dem Vertretenen zurechenbar sei oder nicht; zweitens könne die Scheinvollmacht wie jede "normale" Vollmacht durch entsprechenden Widerruf⁷⁶⁾ zerstört werden⁷⁷⁾; drittens müsse der Dritte interne Erlöschensgründe gegen sich gelten lassen, wenn er sie kannte oder kennen mußte (§ 173 BGB).

Mithin soll also die Rechtslage bei der Scheinvollmacht entsprechend derjenigen einer wirklichen Vollmacht behandelt werden, und allein der Umstand, daß es sich um eine Rechtsscheinhaftung handelt, soll für die Beteiligten weder von Vorteil noch von Nachteil sein.

74) MünchKomm/Thiele, BGB, § 167 Rz.49 (zur Anscheinsvollmacht) und Rz.62 (zur Duldungsvollmacht)

75) Canaris, Vertrauenshaftung, S.145

76) dazu gibt Canaris a.a.O. S.145 nähere Erläuterungen.

77) So auch: Fikentscher, AcP 154 (1955), S.8

Es gilt folglich das bereits bei den vorangegangenen Fallgruppen Gesagte: Durch die Haftung kraft Rechtsscheins soll der Geschäftspartner weder besser noch schlechter gestellt werden. Sofern die Anfechtbarkeit der Anscheins- bzw. Duldungsvollmacht verneint wird, geschieht dies überwiegend nicht aus dem Gedanken heraus, daß der Dritte besonders schutzwürdig sei, sondern es werden andere Gründe dargelegt (z.B., daß keine Willenserklärung vorliegen).

Umgekehrt werden die Rechte des Dritten durch die Rechtsscheinsvollmacht auch nicht erweitert. Grenze des Vertrauensschutzes ist immer der bei einer richtigen Vollmacht gegebene Haftungsumfang.

Die "Rosinentheorie" kann folglich auch nicht unter Hinweis auf die Handhabung bei dieser Fallgruppe, der auch eine typische Vertrauenshaftung zugrundeliegt, einer eingehenderen Überprüfung unter besonderer Berücksichtigung von Sinn und Zweck des Vertrauensschutzes im Rahmen der Rechtsscheinhaftung Stand halten.

f. Vergleichsfallgruppe: Anscheinsvollmacht und Anwendbarkeit der §§ 177 ff. BGB

Ähnliche Überlegungen wie bei dem Wahlrecht im Rahmen des § 15 Abs.1 HGB liegen denjenigen Fällen zugrunde, in denen der Dritte gegen einen auf Grund Anscheinsvollmacht Vertretenen vorgeht. Dort stellt sich die Frage, ob er zusätzlich gegen den Vertreter ohne Vertretungsmacht gemäß §§ 177 ff. BGB vorgehen kann.

Eine Ansicht⁷⁸⁾ billigt dem Geschäftspartner ein "Wahlrecht" zu: er könne sich aussuchen, auf welchen der beiden Vertrauensstatbestände (Anscheinsvollmacht oder § 179 Abs.1 BGB) er sich berufen wolle.

Die Rechtsprechung⁷⁹⁾ und die herrschende Meinung⁸⁰⁾ lehnen dagegen die Anwendung der §§ 177 ff. BGB ab, wenn sich der Vertretene den Vertrag nach den Grundsätzen einer Anscheinsvollmacht zurechnen lassen muß. Diese Einschränkung wird mit dem Schutzzweck des § 179 Abs.1 BGB begründet. Dieser begrenze den Umfang der Vertrauenshaftung auf diejenigen Fälle, in denen der Geschäftspartner ein berechtigtes Interesse daran habe, sich an den Vertreter halten zu können⁸¹⁾. So könne der Vertragspartner etwa den Anspruch aus § 179 Abs.1 BGB nicht erfolgreich durchsetzen, solange er nicht darlege, daß der Vertretene die Geneh-

78) Canaris, Vertrauenshaftung, S. 518, 520; MünchKomm/Thiele, BGB, § 167 Rz.72

79) BGHZ 61, 59 (68 f.) = NJW 1973, 1691; BGH, NJW 1983, 1308 (1309); weitere Nachweise bei RGRK/steffens, BGB, § 167 Rz. 19 und § 179 Rz.2

80) Palandt/Heinrichs, BGB, § 178 Anm. 1 a; Soergel/Leptien, BGB, § 179 Rz.3; Staudinger/Dilcher, BGB, § 167 Rz.44

81) So: BGH, NJW 1983, 1308 (1309)

migung des Vertrages verweigert habe (§ 179 Absatz 1 letzter Hs. BGB). Desgleichen müsse es dem Vertreter auch möglich sein, die Wirksamkeit des Vertrages auf eine Anscheinsvollmacht zu stützen.

Der BGH führt dazu aus⁸²⁾:

"Wie allgemein anerkannt ist, muß sich der Vertretene bei Vorliegen einer Vollmacht kraft Rechtsscheins so behandeln lassen, wie wenn er eine echte (Außen-) Vollmacht erteilt bzw. ein vollmachtloses Auftreten genehmigt hätte. Er haftet dem Geschäftspartner daher nicht nur für den Vertrauensschaden, sondern wird durch das Vertretergeschäft gebunden. Steht aber die Bindungswirkung einer Vollmacht kraft Rechtsscheins der einer rechtsgeschäftlich erteilten Vollmacht gleich, besteht kein hinreichender Grund, dem Vertreter das Recht abzusprechen, sich gegenüber dem Geschäftsgegner auf eine Rechtsscheinhaftung des Vertretenen zu berufen. Auch § 179 Abs.1 BGB stellt dem Gläubiger - wie Art.8 WG ... - nur für den Fall, daß die Begründung einer Vertragsverpflichtung an einem Vertretungsmangel scheitert, in der Person des als Vertreter Aufgetretenen einen anderen Schuldner bereit. Hierfür besteht aber kein Bedürfnis, wenn der Gläubiger den angeblich Vertretenen, sei es auch nur kraft Rechtsscheins, tatsächlich in Anspruch nehmen kann."

Dem Verkehrsinteresse sei dadurch ausreichend Rechnung getragen, denn es werde nicht das Recht des Dritten begrenzt, zunächst entweder den Vertreter oder den Vertretenen in Anspruch zu nehmen. Nur kann der Dritte, wenn er sich entschieden hat, gleich gegen den Vertretenen vorzugehen, dann nicht den Vertreter gemäß §§ 177 ff. BGB haftbar machen, bloß weil es sich um eine Anscheinsvollmacht handelte.

Entscheidend ist also auch hier der für die Reichweite einer jeden Rechtsscheinhaftung bestimmende Grundsatz, daß diese Haftung nicht

82) BGH NJW 1983, 1309

weiter geht, als sie ginge, wenn der Schein der Rechtswirklichkeit entspräche⁸³⁾. Die Haftung kraft Rechtsscheins soll nur dann und nur in dem Umfang eintreten, als dies das Bedürfnis nach Schutz des Vertrauens im geschäftlichen Verkehr erfordert⁸⁴⁾.

Hat der Dritte also einen durchsetzbaren Anspruch gegen den Vertretenen, so wäre es unbillig, ihm darüberhinaus alternativ einen Anspruch gegen den Anscheinsvertreter zu geben. Er würde sonst besser stehen, als er stünde, wenn dem Vertreter wirksam Außenvollmacht erteilt worden wäre. Die herrschende Meinung⁸⁵⁾ lehnt daher hier ein "Wahlrecht" des Geschäftspartners ab, das dahin ginge, daß er den Vertreter nach § 179 Abs.1 BGB oder den Vertretenen aus dem wirksam abgeschlossenen Geschäft in Anspruch nehmen kann.

Dem ist zuzustimmen. Es wäre unbillig, durch ein solches Wahlrecht diesen Geschäftspartner besser zu stellen als jenen, welcher mit einem Vertreter abgeschlossen hat, dem eine "normale" Vertretungsmacht zustand⁸⁶⁾. Dann kann nämlich nur der Vertretene in Anspruch genommen werden, nicht aber der Vertreter, da das Geschäft für und gegen den Vertretenen wirkt.

Bei dieser Fallgruppe ergibt sich also: Liegt eine Haftung auf Grund Rechtsscheins (Anscheinsvollmacht) vor, so dürfen dem Dritten daraus keine besonderen Vorteile erwachsen. Er darf nicht besser gestellt werden, als er

83) So schon: BGHZ 12, 105 (109); 17, 13 (17); 61, 59 (66)

84) So: BGHZ 17, 13 (16)

85) So die auf S.107 in Fn. 79 und 80 angegebenen Stellen.

86) Erman/Brox, BGB, § 179 Rz.3; Soergel/Lep-tien, BGB, § 179 Rz.3; vgl. auch: OLG Hamm, JuS 1971, 655

stünde, wenn der Schein der Rechtswirklichkeit entspräche. Dieser Grundsatz bildet bisher bei sämtlichen zum Vergleich herangezogenen Fallgruppen einer Vertrauenshaftung kraft Rechtscheins den "roten Faden". Bei der zuletzt erörterten Fallgruppe wird aber besonders deutlich, daß der Vertrauensschutz nur so weit gehen soll, wie es die Schutzbedürftigkeit des Dritten erfordert. So kann der Dritte nicht willkürlich mögliche Anspruchsgegner angehen, er ist stattdessen durch den Rechtsschein auch in bestimmter Weise gebunden: im Fall der Anscheinsvollmacht kann er daher nicht Vertreter und Vertretenen haftbar machen, sondern er muß sich so behandeln lassen, als sei der Vertreter wirksam bevollmächtigt gewesen. Dadurch werden dem Schutz des Dritten feste Grenzen gesetzt. Die Rechtsfolgen, die kraft Rechtscheins entstehen, entsprechen immer derjenigen Regelung, die eintreten würde, wenn die gegebene Rechtslage auf tatsächlichen und nicht nur scheinbaren Grundlagen beruhte. Insoweit sind die Folgen der Rechtsscheinhaftung in gewisser Weise immer realitätsbezogen.

Dieses Ergebnis spricht wiederum gegen die "Rosinentheorie", die gerade nicht zu einem nachvollziehbaren Ergebnis gelangt, sondern zugunsten des Dritten eine "Bewußtseinsspaltung" voraussetzt und damit zu einem erweiterten Wahlrecht gelangt.

- g. Vergleichsfallgruppe: Verjährungseinrede des Scheingesellschafters nach seinem Ausscheiden aus der Gesellschaft gemäß § 159 HGB

Ähnliche Probleme der Rechtsscheinhaftung tauchen bei der Inanspruchnahme von Scheingesellschaftern auf. Dabei stellt sich unter anderem die Frage, ob der Scheingesellschafter, wenn er nach seinem Ausscheiden aus der Gesellschaft von einem Dritten wegen einer Gesellschaftsschuld in Anspruch genommen wird, sich auf § 159 HGB berufen kann.

Nach § 128 HGB haften Gesellschafter einer OHG (i.V.m. § 161 Abs.2 HGB die Komplementäre einer KG) persönlich für alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft, die während ihrer Zugehörigkeit begründet worden sind. Nach § 159 Abs.1 HGB läßt das Ausscheiden eines Gesellschafters seine Haftung für solche Forderungen keinesfalls enden, sondern lediglich verkürzt verjähren.

- aa. In Rechtsprechung und Literatur ist umstritten, ob sich auch der ausgeschiedene Scheingesellschafter auf § 159 HGB berufen kann.

Vor allem früher wurde die Anwendbarkeit der Verjährungsvorschrift abgelehnt⁸⁷⁾, weil "die dort getroffene Sondervorschrift auf Zweckmäßigkeits- und Billigkeitsgründen beruht, die nur zutreffen, wenn wirklich ein gemeinschaftlicher Geschäftsbetrieb mehrerer zu einer Personengesellschaft vereinigter Personen vorgelegen hat ... "⁸⁸⁾. Im Laufe der letzten Jahrzehnte hat sich jedoch immer mehr

87) RGZ 55, 155 (156); Cohn, Die nichtige offene Handelsgesellschaft, (1930), S.92; Stukkart, Erklärungen an die Öffentlichkeit, (1925), S.62

88) RGZ 55, 156

die Ansicht durchgesetzt, daß der Scheingesellschafter dem Dritten gegenüber auch die Verjährungseinrede nach § 159 HGB haben muß⁸⁹⁾.

Damit wird dem Scheingesellschafter eine Einrede zugestanden, mit der er sich verteidigungsweise auf eine Vorschrift berufen kann, die ihn begünstigt. Er wird dabei so behandelt wie ein richtiger ausgeschiedener Gesellschafter.

Dies ist auch recht und billig. Es bestehen keine besonderen Gründe, warum eine Person, die aus Rechtsscheingründen nach handelsrechtlichen Vorschriften haftet, nur nach ihr ungünstigen Regelungen beurteilt werden sollte. Canaris⁹⁰⁾ stellt dementsprechend fest, daß man sonst "zu einer Art Meistbegünstigung (des Dritten) und zu einer Kombination handelsrechtlicher und bürgerlichrechtlicher Vorschriften kommen (würde), die der Gesetzgeber so nicht statuiert hat". Die Sondervorschriften über Handelsgesellschaften sind keine willkürlichen Einzelregelungen, sondern sie stehen in einem inneren Zusammenhang.

Wenn dies in dem Fall der unmittelbaren Anwendbarkeit des § 159 Abs.1 HGB gilt, muß auch in den Fällen, in denen zum Schutz des ausgeschiedenen Gesellschafters diese Vorschrift entsprechend angewandt wird, sich der Scheingesellschafter auf die Verjährung berufen können.

bb. Eine entsprechende Anwendung des § 159 Abs.1 HGB

89) GroßKommHGB/Schilling, § 159 Anm.15; Schlegelberger/Gessler, HGB, § 159 Rz.6; Hueck, Das Recht der OHG, § 33 Fn.2; Canaris, Vertrauenshaftung, § 15 I 1 (S.171 f.).

90) Canaris, Vertrauenshaftung, S.172

kommt in Fällen der Haftung aus längerfristigen Schuldverhältnissen der Gesellschaft in Betracht.

Nach § 159 Abs.3 HGB beginnt die Verjährung für Ansprüche, die erst nach dem Ausscheiden fällig werden, mit dem Zeitpunkt der Fälligkeit. Da aber - namentlich bei Dauerschuldverhältnissen - unter Umständen erst geraume Zeit nach dem Ausscheiden des Gesellschafters einzelne Ansprüche fällig werden, vorher also nicht verjähren können, bietet § 159 HGB dem Ausgeschiedenen nur begrenzten Schutz. Seine Haftung wäre zeitlich so gut wie unbegrenzt, sein Risiko nicht mehr überschaubar.

Der BGH⁹¹⁾ hat daher in den letzten Jahren vermehrt dieses Risiko des ausgeschiedenen Gesellschafters eingeschränkt: Dieser braucht für die laufenden Verbindlichkeiten aus einem Dauerschuldverhältnis (z.B. einem Energieversorgungsvertrag) nur insoweit einzustehen, als sie Leistungen betreffen, die der andere Vertragsteil bis zum ersten zulässigen Kündigungstermin nach Eintragung des Ausscheidens erbracht hat⁹²⁾. Soweit eine Kündigung aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen ausgeschlossen oder dem Gläubiger nicht zumutbar ist bzw. die sofortige Haftungsbefreiung durch fristlose Kündigung zu einer ungerechtfertigten Begünstigung des ausgeschiedenen Gesellschafters gegenüber dem Gesellschaftsgläubiger führen würde, hat der BGH

91) Vgl. BGHZ 70, 132; 87, 386; BGH DB 1985,168

92) BGHZ 70, 132, 136; Hueck, a.a.O., § 29 II 4, S.449 Fn.44; GroßKommHGB/Fischer, § 128 Anm.53; Westermann, Handbuch der Personengesellschaften, I 359; Baumbach/Duden/Hopt, HGB, § 128 Anm.5 B; Rohe, Die Haftung des ausgeschiedenen OHG-Gesellschafters aus längerfristigen Schuldverhältnissen der Gesellschaft, S.129 ff.

die Nachhaftung entsprechend § 159 HGB auf eine fünfjährige Ausschußfrist ab Eintragung des Ausscheidens begrenzt⁹³⁾.

cc. Bei der soeben besprochenen Fallgruppe wird der ausgeschiedene Scheingesellschafter so behandelt, als sei er tatsächlich Gesellschafter gewesen. In Ergänzung zu den zuvor behandelten Fällen einer Rechtsscheinhaftung wird hier ganz deutlich, daß sich der aufgrund Rechtscheins Haftende demzufolge auch auf Vorschriften berufen kann, die zu seinem Schutz bestehen und daher für ihn günstig, für den vertrauenden Dritten aber von Nachteil sind. Der Dritte kann also gegenüber dem ausgeschiedenen Scheingesellschafter allein aus der Rechtsscheinhaftung heraus keine weitergehenden Ansprüche geltendmachen.

Dieses Ergebnis läßt folglich eine Ausweitung der Schutzwirkung zugunsten des Dritten nicht zu. Eine Erweiterung des Vertrauensschutzes im Rahmen des Wahlrechts bei § 15 Abs.1 HGB, die zu einer Benachteiligung des Eintragungspflichtigen bzw. einer Begünstigung des vertrauenden Dritten führt, scheint nicht tragbar.

93) BGHZ 87, 386 (dazu: Koch, NJW 1984, 833 ff.)
BGH DB 1985, 168.

Zusammenfassung und Ergebnis zu III:

Zwar sind in den aufgeführten Vergleichsfallgruppen die jeweiligen Voraussetzungen, die Gesetz und Rechtsprechung an den Vertrauensstatbestand stellen, um eine Rechtsscheinhaftung bejahen zu können unterschiedlich, teils enger (wie z.B. bei der Anscheins- und der Duldungsvollmacht), teils weiter (wie bei § 15 Abs.1 HGB); es handelt sich aber in allen Fällen um Formen der Vertrauenshaftung - von daher also um "Gleichartiges".

Sinn und Zweck einer jeden Form der Vertrauenshaftung ist, den vertrauenden Dritten als Konkretisierung des Rechts- und Geschäftsverkehrs vor Nachteilen aus ihm nicht bekannten Änderungen der Rechtslage zu bewahren.

In allen dargestellten Fallgruppen sind Rechtsprechung und die überwiegende Meinung in der Literatur bestrebt, aufgrund der Rechtsscheinhaftung zu Rechtsfolgen zu gelangen, die denen entsprechen, die eingetreten wären, wenn die scheinbaren Rechtsverhältnisse Wirklichkeit wären. Durch die Rechtsscheinhaftung soll der Anspruchsteller weder eine Besserstellung noch eine Schlechterstellung erfahren. Damit wird den gegenseitigen Interessen der Betroffenen auch am besten Genüge getan.

Diese allgemein vertretene Auffassung hat jedoch andererseits zur Folge, daß sich der kraft Rechtsscheins Haftende gegenüber dem Anspruchsteller auch auf diesem ungünstige Vorschriften berufen darf, ihm Einwendungen entgegenhalten kann. Die Grenze der Vertrauenshaftung ist folglich dort zu ziehen, wo

dem in Anspruch Genommenen aus der Rechts-scheinhaftung im Gegensatz zu einer "normalen" Haftung besondere Nachteile entstehen würden. Die Rechtsscheinhaftung soll nicht rechtlos stellen, sondern nur eine Haftungslücke schließen.

Aus dem Prinzip der Gleichbehandlung des Gleichartigen folgt, daß im Fall der Rechts-scheinhaftung gemäß § 15 Abs.1 HGB genauso zu verfahren ist. Der sich auf § 15 Abs.1 HGB Berufende darf keine unberechtigte Besserstellung erstreben. Dies muß genauso gelten, wenn Rechtsscheinhaftung und Haftung aus tatsächlichen Rechtsverhältnissen miteinander verknüpft sind, wie dies bei der der "Rosinen-theorie" zugrundeliegenden Fallkonstellation der Fall ist. Es kann nicht dem Zufall überlassen sein, ob der vertrauende Dritte eine Besser- oder gegebenenfalls auch eine Schlechterstellung erfahren soll. Orientierungsmaßstab muß vielmehr immer die Rechtsfolge sein, die eingetreten wäre, wenn die bei der Rechts-scheinhaftung zugrundegelegten Tatbestandsmerkmale der entsprechenden gesetzlichen Regelungen wirklich erfüllt gewesen wären.

Das erweiterte Wahlrecht des Dritten im Rahmen des § 15 Abs.1 HGB ist, da es zu einer Besserstellung des Dritten führt, mit dem Prinzip der Gleichbehandlung des Gleichartigen nicht vereinbar. Es kann daher nicht mehr als Ausprägung eines Vertrauens- und Rechtsschutzes im überkommenen, gesetzesorientierten Sinne angesehen werden.

D. Schlußbetrachtung und Ergebnis:

1. Der BGH hat in seinem "Rosinentheorie"-Urteil (BGHZ 65, 309 ff.) unter besonderer Berücksichtigung des (angeblichen) Schutzbedürfnisses des Dritten entschieden, daß dieser, wenn zwei eintragungspflichtige Tatsachen nicht in das Handelsregister eingetragen sind, sich bezüglich der einen auf den Rechtsschein des Handelsregisters gem. § 15 Abs.1 HGB berufen, bezüglich der anderen Tatsache aber die wahre Rechtslage gelten lassen könne. Der Dritte könne sich das jeweils für ihn günstigere nach der wahren Rechtslage oder dem Inhalt des Handelsregisters "herauspicken" und müsse sich nicht entweder ganz an der wahren Rechtslage oder ganz am Handelsregistereintrag orientieren.

Das Wahlrecht des Dritten im Rahmen des § 15 Abs.1 HGB hat demnach eine Erweiterung erfahren.

2. Die Befürworter der "Rosinentheorie" gehen davon aus, daß der Dritte die Wahl zwischen verschiedenen Rechtsfolgen, und nicht zwischen Tatsachen oder Rechtsverhältnissen, habe.

Diese Auffassung berücksichtigt nicht, daß sich der Einwendungsausschluß gem. § 15 HGB ausdrücklich auf eintragungspflichtige Tatsachen bezieht. Zum anderen gelten die der Kontrollfunktion des Handelsregisters zuzuordnende Richtigkeitsvermutung sowie die Beweiskraft des Handelsregisters nur für handelsrechtlich bedeutsame (und daher eintra-

gungspflichtige) Tatsachen. Folglich kann sich der Dritte nur auf eine bestimmte eingetragene oder nicht eingetragene Tatsache berufen. Welche Rechtsfolgen danach eintreten, bestimmt das angerufene Gericht nach vorheriger Prüfung der sonstigen Anspruchsvoraussetzungen, von denen auch abhängt, ob im konkreten Fall überhaupt eine Rechtsscheinhaftung in Frage kommt.

3. Die "Rosinentheorie" unterstellt dem Dritten ein "gespaltenes Bewußtsein".

Beide eintragungspflichtigen Tatsachen (hier: die Alleinvertretungsmacht des in der KG verbliebenen Gesellschafters A und das Ausscheiden des Komplementärs B) beruhen auf einem Vorgang (dem Austritt des B aus der KG).

§ 15 Abs.1 HGB setzt zwar nur einen abstrakten Vertrauenstatbestand voraus - der Dritte muß auf den Scheintatbestand vertraut haben können - Im Fall des BGH ist dies aber problematisch: Der Dritte hätte nicht gutgläubig auf die Gesellschaftszugehörigkeit des B vertrauen können, ohne sich auch Gedanken über die damit verknüpften Vertretungsverhältnisse zu machen. Folglich konnte er sich nicht gleichzeitig auf die Alleinvertretungsmacht des A berufen, wo doch die Gesamtvertretung auch im Handelsregister verlauthart war.

Der BGH weitet den Vertrauensschutz so weit aus, daß eine Rechtsfolge eintritt, die, ginge man davon aus, daß die Tatsachen eingetragen worden wären, dann nie hätte eintreten können und auch bei Kenntnis des Dritten vom gesamten Inhalt des Handelsregisters nicht einge-

treten wäre. Die "Rosinentheorie" überdehnt die materielle Publizitätswirkung des Handelsregisters. Die Anforderungen an einen schützenswerten Vertrauenstatbestand auf Seiten des Dritten sind durch die Regelung des § 15 Abs.1 HGB und die Rechtsprechung sowieso schon auf ein Minimum reduziert. Der Dritte wird, gleichgültig, ob er die Handelsregistereintragen kannte oder nicht, so behandelt, als ob er Einsicht genommen hätte. Eine weitere Abstrahierung wird dem ursprünglichen Gedanken des Vertrauensschutzes nicht mehr gerecht.

4. Durch das erweiterte Wahlrecht wird der Dritte im konkreten Fall besser gestellt, als er stünde, wenn die nicht eingetragenen Tatsachen nicht eingetreten wären.

Die teleologische Auslegung des § 15 Abs.1 HGB ergibt jedoch, daß diese Rechtsfolge mit Sinn und Zweck einer Rechtsscheins- bzw. Vertrauenshaftung nicht vereinbar ist.

Der Vergleich mit gleichartigen Rechtsscheinsfällen, wie der Anscheins- und der Duldungsvollmacht, dem Scheinkaufmann, dem Scheingesellschafter, zeigt, daß Gesetzgeber, Rechtsprechung und Literatur bemüht sind, die Rechtsscheinhaftung in den Grenzen zu halten, die das Gesetz bzw. die erfolgten Rechtsfortbildungen für die entsprechende Haftung aus gesetzlichen Tatbeständen oder anerkannten Rechtsgrundsätzen entwickelt haben.

Allen gemeinsam ist die Bemühung, weder den Anspruchsteller noch den in Anspruch Genommenen deshalb besser oder schlechter zu stellen, weil es sich um eine Rechtsschein- oder Ver-

trauenshaftung handelt. Den Interessen des Dritten ist schon dann ausreichend Rechnung getragen, wenn er so gestellt wird, wie er stünde, wenn sich die Rechtsfolge nach vorhandenen Rechtstatsachen bestimmen ließe.

§ 15 Abs.1 HGB ist zwar eine grundsätzlich nur dem Dritten günstige Vorschrift. Sie soll ihn aber andererseits auch nicht übervorteilen. Der Schutzzweck des § 15 Abs.1 HGB begrenzt somit den Umfang der Vertrauenshaftung auf diejenigen Fälle, in denen der Dritte ein berechtigtes Interesse daran hat, sich über ein erweitertes Wahlrecht, also unter gleichzeitiger Berufung auf den Rechtsschein des Handelsregisters und in anderer Hinsicht auf die wahre Rechtslage, vor Nachteilen zu schützen. Eine Übervorteilung des Dritten liegt aber insbesondere dann vor, wenn - wie im Ausgangsfall - der Dritte nur durch geschickte Kombination von Teilen der wahren und der scheinbaren Rechtslage eine Haftung erreichen kann. Allein der Umstand, daß eine Rechtsänderung nicht verlautbart wurde, soll dem Dritten nicht Haftungsmöglichkeiten eröffnen, die er vorher niemals hatte.

Die "Rosinentheorie" ist also mit dem objektiven Zweck des § 15 Abs.1 HGB, eine ausgewogene Regelung zu treffen, welche die Interessen des Dritten und des Eintragungspflichtigen in gerechtem Maß berücksichtigt, nicht vereinbar, solange dadurch eine unvorhersehbare Besserstellung des Dritten erfolgt.

Lebenslauf

Am 6. September 1958 wurde ich, Susanne Klostermann, in Kaiserslautern als Tochter des Architekten Prof. Hans Joachim Klostermann und seiner Frau Helga geb. Klimmer geboren. Ich habe die deutsche Staatsangehörigkeit.

Im April 1965 wurde ich eingeschult. Ab dem Herbst 1968 besuchte ich das private neusprachliche Gymnasium der Franziskanerinnen in Kaiserslautern. Dort legte ich am 8. Juni 1977 das Abitur ab.

Im Wintersemester 1977/78 nahm ich in Freiburg im Breisgau das Studium der Rechtswissenschaften auf. Nach vier Semestern wechselte ich an die Westfälische Wilhelms-Universität in Münster. Nach weiteren fünf Semestern bestand ich am 30. Oktober 1982 beim Oberlandesgericht in Hamm das Erste Juristische Staatsexamen.

Danach nahm ich die Arbeit an der Dissertation auf und begann am 1. September 1983 die zweieinhalb-jährige Referendarzeit in Düsseldorf, die eine dreimonatige Wahlstation bei einem Rechtsanwalt in Paris im Frühjahr 1985 einschloß.

Am 5. November legte ich in Münster das Rigorosum ab.

